El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 29 de junio de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma nulidad

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2017 00468 01

Procesado: JIMMY SALAZAR VALENCIA

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: TENTATIVA DE FEMINICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS / ALLANAMIENTO A CARGOS / REQUISITOS PARA SU APROBACIÓN / CIRCUNSTANCIAS QUE ACREDITAN EL FEMINICIDIO** **/ NO SE PROBARON / ERROR EN EL DELITO IMPUTADO / NULIDAD / JUEZ NO PUEDE INVALIDAR FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN /**  Pero es de anotar que la decisión asumida por parte de un procesado de allanarse a los cargos por si misma no tiene efectos obligatorios o vinculantes para la Judicatura, porque para que puede generar esos efectos, acorde con los postulados que orientan el principio acusatorio, necesariamente esa determinación debe estar condicionada a la previa aprobación de los Jueces que ejercen funciones de conocimiento, quienes dentro del ámbito de sus competencias deberán ejecutar una serie de controles a fin de verificar si con la misma se desconocieron o quebrantaron derechos o garantías fundamentales de las partes e intervinientes . Lo cual quiere decir, contrario sensu, que en aquellos eventos en los cuales la decisión del procesado de allanarse a los cargos sea producto de una conculcación del debido proceso o de sus derechos y garantías fundamentales, es obvio que el Juez de la Causa no le puede imprimir su aval a dicha determinación y en consecuencia debe sanear esa mácula mediante la declaratoria de la nulidad de la actuación procesal.

(…)

Como se puede ver de lo anterior, el delito acá analizado no solo se da cuando el responsable lo comete motivado por su misoginia, sino que también puede darse dentro de otros contextos, como por ejemplo, cuando la muerte violenta de la mujer se presenta como consecuencia de la violencia (sexual, psicológica, económica, moral, entre otras) sistemática en su contra, a la que es sometida por parte de su agresor dentro de un contexto de dominación en donde ella es objetivizada o cosificada por aquel. Pero si bien es cierto se ha ampliado el contexto dentro del cual se puede dar este reato, también es necesario señalar que de tiempo atrás la Sala Penal de la CSJ , dejó claro que es necesario probar esas circunstancias dentro del proceso penal para poder penalizar al autor por la misma.

(…)

Revisando el presente caso a la luz de todo lo anterior, encuentra la Sala, tal como lo dio a conocer el representante del Ministerio Público, que de las entrevistas rendidas por la víctima, la señora DMCR, en ningún momento dan cuenta de que con anterioridad al día de los hechos acá investigados el señor JSV la hubiese sometido a ella, o a otro miembro de su familia, a algún tipo de maltrato o violencia física, psicológica, sexual, económica o de cualquier otra índole, o que haya incurrido en comportamientos tendientes a demostrar que ella era de su propiedad o que estuviese sometida a una cosificación, o que él, desde una perspectiva de género, le haya hecho sentir que se encontraba en un plano de superioridad sobre ella.

(…)

A pesar de que el Juzgado A quo estuvo acertado al ordenar la nulidad de la actuación, porque en efecto lo acontecido se adecua en la causal de nulidad procesal consagrada en el artículo 457 C.P.P., se torna necesario dejar en claro que no fue del todo atinada dicha decisión en lo que corresponde con los efectos de la declaratoria de la nulidad procesal, los cuales en momento alguno debieron haberse hecho extensivos hasta la audiencia de la formulación de la imputación, sino solamente cobijar el acto procesal del allanamiento a cargos, por lo siguiente:

Acorde con la estructura dada por el constituyente al sistema penal acusatorio, la cual es un sistema de partes en el que rige la adversariedad, mientras que el Juez es un Ente imparcial, no es posible invalidar la formulación de la imputación por ser un acto procesal que es propio de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia de hacerlo, ello implicaría que la Judicatura asumiera un rol que no le corresponde al fungir como una especie de coacusador, lo que obviamente desequilibraría su papel de sujeto imparcial.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 538 del 28 de junio de 2018. H: 9:00 a.m.

Pereira, veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 10:14 a.m.

Procesado: Jimmy Salazar Valencia

Delito: Tentativa de feminicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego

Rad. #66001 60 00 035 2017 00468 01

Asunto: Resuelve apelación contra auto que decretó nulidad

Procedencia: Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación (FGN) en contra del auto proferido el día 19 de abril del año que avanza por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta local, en virtud del cual decretó la nulidad de todo lo actuado en el presente asunto desde la imputación de cargos que se le hiciera al señor **JIMMY SALAZAR VALENCIA**, por presuntamente haber incurrido en las conductas punibles de tentativa de feminicidio y porte ilegal de armas de fuego.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que el día 4 de febrero de 2017 siendo aproximadamente las 05:30 horas, ingresó al Hospital San Joaquín de Pereira, una mujer que presentaba herida de arma de fuego en el glúteo izquierdo, quien luego se identificó como DIANA MILDRED CHICA RAMÍREZ. Posteriormente, se estableció que los hechos en que resultó herida tuvieron ocurrencia a eso de las 04:30 horas de ese mismo día, en el kilómetro 10 vía Alcalá, vereda la Estrella en la casa # 1, en donde la víctima convivía con sus dos hijos y su esposo JIMMY SALAZAR VALENCIA, siendo este último su agresor.

De acuerdo a lo narrado por la víctima y victimario, esa madrugada después de haber estado durante varias horas, en compañía de otras personas, consumiendo bebidas alcohólicas en su hogar, cuando ya se iban a descansar, y pesar de lo embriagados que estaban ambos, protagonizaron una discusión en la alcoba nupcial, en la cual el señor JIMMY SALAZAR le reclamaba a su cónyuge porque aparentemente ella sostenía una relación extraconyugal con un fulano. En medio de este altercado, el señor SALAZAR VALENCIA tomó una escopeta calibre .12 que guardaba en un rincón de la habitación y le disparó en las nalgas a la señora DIANA CHICA, en el instante en el que ella se encontraba en el balcón del inmueble.

Frente a lo acontecido, la Sra. DIANA CHICA adujo haber sentido en ese momento como si le hubiese picado una avispa en el glúteo, pues no recuerda haber sentido o escuchado el disparo. Mientras que uno de los testigos que se encontraban en el inmueble, señaló que cuando escuchó el disparo, salió a ver que sucedía, y se encontró a la víctima que bajaba las escaleras. Al preguntarle qué había pasado esta le dijo que JIMMY le había disparado, y luego se desmayó, razón por la cual él en compañía de los hijos de ella la subieron en un vehículo para llevarla al Hospital San Joaquín.

Un par de horas más tarde, hacia dicho centro médico llegó el ahora Procesado JIMMY SALAZAR, para saber cómo estaba su esposa, y allí le dijo a las autoridades que efectivamente él era quien le había disparado a DIANA CHICA; después de ello les indicó a los policiales en dónde estaba el arma de fuego que había usado, la cual se trataba de una escopeta, calibre .12, sin marca ni modelo, con número de serie 919836, de la que carecía de los permisos del caso para su porte y tenencia.

Como consecuencia de las lesiones que le fueron infligidas a la Sra. DIANA MILDRED CHICA RAMÍREZ en uno de sus glúteos, le fue dictaminada una incapacidad médico legal definitiva de 15 días sin secuelas.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

El 4 de febrero de 2017, por solicitud del Procesado y de su defensor, la FGN lo sometió a interrogatorio de indiciado en donde él admitió haber herido a su cónyuge.

La imputación de cargos se formuló el 3 de octubre de 2017 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en ese momento se le endilgó cargos al señor JIMMY SALAZAR VALENCIA por haber cometido a título de dolo la conducta punible de tentativa de feminicidio agravado, por tratarse de su cónyuge, en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones. Cargos que fueron aceptados por el indiciado. No se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por cuanto él se había presentado de forma voluntaria y permanente y en ningún momento había evadido el proceso.

El 6 de octubre de 2014, la Fiscalía presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos, a fin de que se fijara fecha para la diligencia de verificación de aceptación de cargos, individualización de pena y sentencia. Correspondiéndole el conocimiento de este asunto al Juzgado Quinto Penal del Circuito local, que fijó como fecha para esa audiencia el 29 de noviembre de ese año, misma que fuera aplazada por solicitud de la defensa. Después de eso la audiencia se reprogramó en dos ocasiones más, hasta que finalmente pudo instalarse el 3 de abril de 2018; una vez se verificó la comparecencia de las partes, se le concedió la palabra al Representante del Ministerio Público, quien solicitó la nulidad de todo lo actuado por considerar que en el presente asunto se le violaron al Procesado el derecho de defensa y el principio de legalidad por la tipicidad de la conducta delictual que se le endilgó, toda vez que de acuerdo a lo obrante en la carpeta de pruebas de la Fiscalía, no hay nada que señale que realmente este caso se adecue a aquellos delitos llamados de género, por cuanto no se cumplen los requisitos del art. 104A C.P. ya que si bien es cierto la FGN en sus labores investigativas recolectó información sobre algunas querellas interpuestas en la Inspección de Policía de la Palmilla-La Estrella, en donde está relacionado el señor JIMMY SALAZAR VALENCIA, ninguna de ellas tienen que ver con situaciones de violencia o agresión al interior del hogar conformado por el Procesado y la víctima, sino que están relacionadas con otro tipo de asuntos de convivencia en la comunidad; aunado a ello, debe tenerse en cuenta que la señora DIANA MILDRED CHICA señaló en sus entrevistas no haber sido víctima de agresiones de ninguna clase por parte de su esposo con anterioridad al día de los hechos, y además ella comunicó a la Fiscalía que desistía del proceso.

Frente a ese pedimento y después de escuchados los argumentos dados por parte de todos los intervinientes, el *A quo* decidió aplazar su decisión para el día 19 de abril de 2018.

En la fecha arriba señalada, el Juzgado de primer nivel decidió que era procedente decretar la nulidad en el presente asunto desde la audiencia de formulación de la imputación. Frente a esa determinación el representante del Ente Acusador interpuso el recurso de apelación.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión interlocutoria tomada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, en la cual procedió a decretar la nulidad de la actuación surtida en el presente caso desde la audiencia de imputación realizada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, el 3 de octubre de 2017.

Para llegar a esa determinación, el Juzgado *A quo* realizó un recuento del contenido de la sentencia C-297 de 2016 al igual que de lo dicho por la CSJ en la sentencia radicada con el # 41457 de 2015, que ilustran sobre la necesidad de que para la tipificación del delito de feminicidio se den ciertos elementos previos a la conducta penal, independientemente de si estos son o no puestos en conocimiento de las autoridades; elementos tales como amenazas, violencia física, psicológica o económica, entre otros, de parte del perpetrador del punible hacía su víctima.

De esa manera, consideró el fallador que dentro del presente asunto brillan por su ausencia esos antecedentes o indicios de violencia o maltrato de parte del Procesado hacía la señora DIANA MILDRED, para poder establecer que los hechos ocurridos el 4 de febrero de 2017 se adecuaban al tipo penal del feminicidio tentado, pues no se puede desconocer que fue la misma víctima quien en sus diferentes entrevistas dio a entender que lo sucedido había obedecido a que ella en un momento de la discusión con su cónyuge, quien la indagaba respecto a si tenía un amante, y en medio de su borrachera para que él ya no la molestara más, le contestó que sí, que ella “tenía un mozo”, lo que ocasionó la reacción violenta de él. Pero igualmente siempre dejó claro que con anterioridad a ese día ellos no habían tenido problemas trascendentales, solo discusiones normales de pareja, pero no episodios de violencia. Igualmente comunicó que después de lo sucedido trataron de arreglar las cosas y asistieron incluso a una terapeuta de pareja, pero no lograron nada pues ella estaba muy dolida por lo sucedido y no deseaba tener nada con él, ni relaciones sexuales ni nada, y por ello decidió irse a vivir sola.

Asimismo en la decisión confutada se adujo que si bien era cierto que dentro del infolio se daba a entender que existía una dependencia económica de la víctima hacía su victimario, pues llevaban una relación de 14 años, en donde él ha sido el proveedor tanto para ella como para su hijo, ello no quiere decir que se haya verificado un sometimiento de él hacía ella por esa razón. Además, pese a que la señora CHICA RAMÍREZ señaló en una de sus entrevistas que no deseaba que JIMMY SALAZAR fuera a la cárcel porque es él quien paga la deuda que adquirieron para la ampliación de la vivienda que compartían, la cual está a su nombre, y además asumió el costo de las cirugías plásticas que ella se hizo con posterioridad a los hechos, tales circunstancias no pueden tomarse como pruebas de violencia económica o intrafamiliar, por cuanto a pesar de eso, ella se separó de él.

Por otra parte, en el proveído apelado se hizo mención a que es cierto, como lo dijo el agente del Ministerio Publico en su intervención, que no es tan claro que el actuar desplegado por el señor SALAZAR VALENCIA en contra de su expareja se pueda enmarcar como una tentativa de homicidio, ello por cuanto la agresión, a pesar de haberse realizado con un arma de fuego, no se dio en una zona del cuerpo que pusiera en riesgo la vida de la víctima.

Finalmente, explicó que al Juez de conocimiento le es dable decretar la nulidad de la aceptación de cargos por parte del Procesado, cuando se verifica que con ello se le han desconocido derechos fundamentales, como sucede en este caso en donde los hechos fácticos no son consistentes con la adecuación típica del delito que se le ha endilgado.

**LA ALZADA:**

Inconforme con la decisión adoptada, el Fiscal del caso apeló la misma, para ello, y después de leer algunos apartes de la exposición de motivos y de citar la sentencia de constitucionalidad C-297, señaló que en el presente asunto no existió vulneración al debido proceso pues la imputación de cargos se hizo con base en los elementos materiales probatorios y evidencias físicas legalmente obtenidas, de las cuales se pudo concluir sin lugar a error alguno que el señor JIMMY SALAZAR VALENCIA de forma dolosa atentó contra la integridad física de quien fuera su compañera sentimental, esto es la señora DIANA MILDRED CHICA RAMÍREZ. Señaló que aquí no se está hablando de una simple agresión verbal, de un empujón o de un apretón fuerte del brazo, sino de una lesión causada con un arma de fuego, cuyo origen no fueron unos simples “problemitas” de pareja, sino que ello se trató de una aptitud propia de un hombre machista que cela a su mujer como si fuera un apéndice de él mismo, como si se tratara de una propiedad suya. Para ello, recuerda, que tal como lo leyó el *A quo* en una de las entrevistas rendidas por la víctima, el Procesado, desde días atrás venía molestándola, según palabras suyas, porque creía que ella tenía “un mozo”, a lo que ella le decía que sí para que no siguiera preguntándole, lo que a su parecer, se traduce en que el señor JIMMY venía acosándola y recriminándole sistemáticamente y de tiempo atrás por esa supuesta situación de infidelidad.

Con base en lo anterior, afirma que la Ley 1761 de 2015, precisamente lo que busca es erradicar esas formas de violencia contra la mujer, en donde existe un sometimiento por parte del hombre hacía su pareja, que pueden terminar, como en muchos casos, en el asesinato de estas. Insiste en que en el presente asunto existen muchos antecedentes de la violencia y dominación que el señor JIMMY ejercía sobre su víctima, pues de no haber existido los mismos, no se entiende entonces el por qué finalmente se separaron después de que él la agredió en esa oportunidad. Igualmente considera que acá es clara la dominación económica que él ejercía sobre ella, por cuanto ella no trabajaba y dependía de sus ingresos, lo que también se refleja en el hecho de que con posterioridad a los hechos él asumiera darle dinero para costearle la cirugía plástica además del pago de la deuda que tienen en el banco y que está a nombre de la agredida.

Insiste en que los antecedentes de violencia no deben ser físicos, pues la ley ha sido muy clara en decir que esa también puede ser psicológica y moral, que resultan ser tan o más graves que la física, y en este asunto, se evidencian esas circunstancias si se tiene en cuenta que según los dichos de la señora DIANA, quien es ahora su excónyuge, después de esos hechos insistía en que tuvieran relaciones sexuales a lo que ella le decía que no, lo que es evidentemente violencia sexual y moral, y dejan entrever que el Procesado es un agresor sistemático que ve a la mujer como una cosa que debe estar ahí disponible para satisfacer su libido. Todo ello, afirma el apelante, da cuenta que la señora DIANA MILDRED se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto de su agresor, como le sucede a muchas mujeres en Colombia, que son víctimas de esa violencia que se da en el ámbito privado de la pareja.

Asegura el recurrente que en el actuar del señor JIMMY sí hubo una intención de matar por razones de género, y no por la condición de mujer de la agredida, sino por lo que representa la mujer como compañera del hombre, en especial cuando este último considera que puede ejercer dominio sobre su pareja y demuestra ello con los celos, que son, a su parecer, el claro reflejo de la violencia de él hacía ella.

Por otra parte, considera que en este caso es claro el actuar doloso del Procesado, pues a pesar de que el día de los hechos se encontraban ingiriendo alcohol, él era consciente de lo que hacía, en primer lugar porque es una persona propensa a consumir bebidas alcohólicas y a perder el control cuando lo hace, y en segundo lugar porque sabía que su actuar era contrario a la ley pues es una persona letrada y conocedora de las normas, por ende tenía el conocimiento de que tener un arma de fuego sin permiso para ello era un delito y mucho más el usarla para lastimar a alguien.

Insiste en que el hecho de que el señor SALAZAR VALENCIA viniera interrogando y preguntando a la señora DIANA MILDRED desde hacía unos días atrás sobre si ella estaba o no sosteniendo una relación extramatrimonial con otro hombre, ya es un claro antecedente de violencia moral por parte de él hacía ella, y es una muestra de ese instinto de sometimiento y dominación propios de una persona machista, que como controla a su pareja desde la parte económica, considera tener derechos sobre ella y su cuerpo, lo que implica que en el presente caso si se cumplen esos requisitos del art. 104-A C.P. para la tipificación del delito de feminicidio tentado.

Con base en todo lo dicho hasta el momento, solicita el señor Fiscal Delegado, que sea revocada la decisión del *A quo*, toda vez que en el presente asunto sí se cumplen con todos los requisitos para tipificar el delito de feminicidio en grado de tentativa.

**- El Procurador Judicial como no recurrente:** Considera que el Fiscal basó su apelación en dos tesis fundamentales, la primera de ellas es que existía un sometimiento del Procesado hacía la víctima, por cuanto él desde días atrás a los hechos, venía molestándola con el tema de que ella tenía un amante y eso ya es una clara muestra de que era un hombre celotípico; la segunda es que en este asunto existía una violencia económica de parte del encartado hacía la víctima, por cuanto la señora DIANA MILDRED dependía económicamente de él.

Frente a lo anterior, y teniendo en cuenta que ello se basa en las distintas entrevistas rendidas por la acá víctima, es necesario empezar a señalar que en las mismas no se observa que a ella le hubiesen hecho las precisiones de ley respecto a que no estaba obligada a declarar en contra de su cónyuge, lo que podría llegar a viciar las mismas. Pero si se obvia ello, igual es necesario tomar el contenido de esas deponencias en su totalidad, por ende, decir que el hecho de que ella manifestara que días atrás la venía molestando con el tema del amante, constituye *per se* un sometimiento de parte del victimario hacía la víctima, es darle a la palabra “molestar” un carácter o un contenido que dicha expresión no tiene, por cuanto en el contexto del caso, se evidencia que ello hace referencia a que él le preguntaba insistentemente a ella por una situación real o ficticia que consideraba estaba presentándose, sin que esa especie de reclamo puede tomarse como un sometimiento. Igualmente, tampoco puede hablarse de violencia económica por la dependencia en este aspecto, pues tal cosa se presenta es cuando ese estatus de ser proveedor, se usa para humillar, ultrajar y someter al otro, cosa que en este caso no se ha demostrado que se presentara.

Por otra parte, señala el no recurrente que en este asunto sí se lesionó la estricta tipicidad, por cuanto los hechos no se adecúan a la descripción típica de la norma, porque no se cumple con el elemento subjetivo del tipo; de esa manera no podría el Juez de conocimiento dictar una sentencia condenatoria, a pesar de que el Procesado haya aceptado los cargos, pues insiste, en este caso no se dan los requisitos de la norma para hablar de feminicidio.

De otro lado, señala que aquí tampoco están dados los elementos del art. 27 del C.P., por cuanto se está confundiendo la idoneidad y univocidad de la acción, con la idoneidad de los medios, por cuanto si bien es cierto el elemento utilizado por el agresor, esto es la escopeta, tiene la capacidad suficiente para quitarle la vida a una persona, la acción específica de la agresión no tenía la entidad suficiente para quitarle la vida a la persona; pues unos perdigones disparados al glúteo de una persona, y que solo comprometieron tejidos blandos, no son idóneos para matar, muestra de ello es que la incapacidad médico legal definitiva solo fue de 15 días, sin secuelas, de esa manera es claro que no se presentó compromiso de ningún área vital, que permita establecer sin lugar a duda, que estamos ante una tentativa de feminicidio.

A modo de conclusión, dice el Representante del Ministerio Público, que los hechos acaecidos en este caso no tienen la trascendencia que ha pretendido darles la Fiscalía, y por ende, solicita que se confirme la decisión del Juzgado *A quo*, por cuanto en primer lugar, los medios de convicción en que el Ente Acusador está basando su teoría, tienen un vicio en su constitución, y es que a la declarante no se le hicieron las advertencias y precisiones sobre que no estaba obligada a declarar en contra de su cónyuge, lo que hace que las mismas se tornen en irregulares; además de ello, la adecuación típica que se le ha atribuido a los hechos materia del delito, no tienen correspondencia con lo que realmente sucedió.

**- El Defensor como no recurrente:** Señaló que no todo atentado contra la integridad física de una mujer puede ser tomado como un feminicidio, como tampoco lo es cualquier agresión que realiza un hombre contra su cónyuge, pues para ello deben cumplirse ciertos requisitos, de lo contrario la conducta debe enmarcarse en lo dispuesto en el art. 103 con la agranvante del numeral 1º del art. 104 del C.P.

Considera que en este caso el Fiscal Delegado se apresuró a tipificar el delito como feminicidio sin observar si se cumplían las causales del art. 104-A C.P. pues acá no hay ningún ciclo de violencia física, moral, sexual, psicológica o económica, pues la misma víctima refiere que con anterioridad de los hechos no había sucedido nada; aunado a ello, considera que los celos no pueden ser considerados como un hecho de sometimiento o de violencia en contra de la pareja. Igualmente considera que se equivocó también el Ente Acusador al enmarcar el hecho en una tentativa, pues es claro que la vida de la víctima no se vio realmente comprometida, pues si ello hubiese sido la intención del Procesado, habría disparado en contra de la señora DIANA en más oportunidades y no solo una vez, y a un sitio donde no se encuentran órganos vitales, lo que puede dar a entender que su intención no era segarle la vida sino lesionarla, situación que además se puede entrever, si se toma en cuenta que el encartado no preparó con anticipación el acto delictual, sino que ello se dio en el momento y en medio del estado de alicoramiento en que se encontraban ambos; además de ello, él siempre estuvo pendiente de la atención médica de la señora DIANA y sufragó los gastos de la misma, lo que no sería lógico en una persona que tuviera la intención de matar a una persona; y él hizo entrega voluntaria del arma con que había lesionado a quien fuera su esposa y en ningún momento ha evadido el accionar de las autoridades ni el proceso.

En ese orden de cosas, solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que a su defendido se le ha violado el debido proceso con la imputación errada que se hizo de la conducta por él cometida.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

Del sustento del recurso, y la intervención de los no recurrentes se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se incurrieron en violaciones del debido proceso que incidían para que por parte del Juzgado *A quo* no se le imprimiera aprobación a la decisión del Procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA de allanarse a los cargos que le fueron enrostrados por el Ente Acusador en la audiencia de formulación de la imputación, por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tentativa de feminicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal?

**- Solución:**

Como punto de partida para poder resolver el problema jurídico surgido como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la providencia opugnada, se debe tener en cuenta que en el presente se está en presencia de una de las modalidades de la terminación abreviada de los proceso penales como lo es el allanamiento a cargo, si partimos de la base consistente en que el procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA, de manera unilateral aceptó los cargos que le fueron endilgados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación celebrada el 3 de octubre de 2017 ante el Juzgado 3º Penal Municipal de esta localidad, con Funciones de Control de Garantías, por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tentativa de feminicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Pero es de anotar que la decisión asumida por parte de un procesado de allanarse a los cargos por si misma no tiene efectos obligatorios o vinculantes para la Judicatura, porque para que puede generar esos efectos, acorde con los postulados que orientan el principio acusatorio, necesariamente esa determinación debe estar condicionada a la previa aprobación de los Jueces que ejercen funciones de conocimiento, quienes dentro del ámbito de sus competencias deberán ejecutar una serie de controles a fin de verificar si con la misma se desconocieron o quebrantaron derechos o garantías fundamentales de las partes e intervinientes[[1]](#footnote-1). Lo cual quiere decir, *contrario sensu,* que en aquellos eventos en los cuales la decisión del procesado de allanarse a los cargos sea producto de una conculcación del debido proceso o de sus derechos y garantías fundamentales, es obvio que el Juez de la Causa no le puede imprimir su aval a dicha determinación y en consecuencia debe sanear esa mácula mediante la declaratoria de la nulidad de la actuación procesal.

Estando claro que para que la decisión del procesado de allanarse a los cargos pueda producir efectos vinculantes y obligatorios, previamente tiene que superar una serie de controles de legalidad a la que debe ser sometida por parte de los Jueces que cumplen funciones de conocimiento, quienes, se reitera, deben verificar que no se desconozcan o conculquen derechos y garantías fundamentales, las cuales no solo emanarían de ese cúmulo de derechos, tanto sustantivos como adjetivos, que el artículo 29 de la Carta ha denominado como *Debido Proceso*, sino también todos esos derechos y demás garantías que hacen parte de lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina han denominado como bloque de constitucionalidad, y derecho blando o *“soft law”*.

A modo de ilustración, entre los diferentes controles de legalidad que deberían ejercer los Jueces de Conocimiento, para verificar que no ha sido producto de una violación del debido proceso la decisión de un procesado de allanarse a los cargos, y en consecuencia poder imprimirle aprobación a ese acto procesal, entre otros, se encuentran los siguientes:

1. Verificar que la decisión tomada por parte del procesado de allanarse a los cargos no este maculado con vicios del consentimiento, y la misma la haya tomado de manera consciente, libre, voluntaria y con la debida asesoría del Letrado que representa sus intereses.
2. Constatar que existía un mínimo probatorio que desvirtué la presunción de inocencia que le asiste al procesado y por ende se cumplan con los requisitos que son necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria*[[2]](#footnote-2)*.
3. Determinar la tipicidad de la conducta o su tipicidad conglobante, y que no existan circunstancias que de manera negativa conspiren en contra de la existencia de la acción penal[[3]](#footnote-3).
4. Verificar que exista una especie de coherencia entre el núcleo fáctico de la formulación de la imputación y la calificación jurídica dada a los hechos, porque la adecuación típica dada a los hechos debe ser correcta, o sea que esta no soslaye el núcleo fáctico de la imputación[[4]](#footnote-4).
5. Comprobar que no exista ninguna prohibición legal sobre la concesión de beneficios o contraprestaciones punitivas a favor del procesado por allanarse a los cargos, o que la promesa de contraprestación punitiva efectuada por la Fiscalía esté acorde o coherente con los límites constitucionales y legales establecidos para la misma.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que al pasar por el cedazo del control de legalidad la decisión del procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA de allanarse a los cargos, a la misma no se le imprimió aprobación por parte del Juzgado *A quo,* el cual, en esencia, al darle un espaldarazo a las manifestaciones del Ministerio Público, argumentó que dicho acto procesal es producto de una vulneración de los derechos y garantías del proceso como consecuencia de la errónea calificación jurídica que la Fiscalía le dio a los hechos imputados en contra del encausado, los cuales no se amoldaban en el delito de tentativa de feminicidio agravado sino en otro reato diferente de aquellos amparados por el interés jurídico de la vida e integridad personal[[5]](#footnote-5).

En contra de dicha decisión se alzó la Fiscalía, la cual propuso como tesis de su discrepancia la consistente en que en momento alguno se equivocó en la calificación jurídica dada a los hechos, los cuales si se adecuaban típicamente en el delito de tentativa de feminicidio agravado.

Siendo así cosas, la Sala considera que el núcleo central de la controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar si en efecto al procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA le fueron o no vulnerados sus derechos y garantías fundamentales como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos que le fueron endilgados por parte de la Fiscalía en la audiencia de formulación de la imputación. Lo cual, quiere decir, en otras palabras, que la Sala debe determinar si los hechos con los cuales se cimentó la imputación, se adecuan o no típicamente en la presunta comisión del delito de tentativa de feminicidio agravado.

Para abordar dicha problemática, se hace necesario comenzar por decir que el término feminicidio, empezó a ser acuñado hacía la década de 1.970, cuando la investigadora Diana Russell lo usó para hacer referencia a aquellos asesinatos de mujeres cometidos por hombres, que justificaban su comportamiento como consecuencia de unos sentimientos de superioridad que profesaban frente a sus víctimas, las que eran cosificadas de tal manera por sus victimarios quienes consideraban que ellas eran como algo de su propiedad y por ende tenían el derecho a quitarles la vida si así lo deseaban.

Este concepto ha ido evolucionando y por ello la investigadora mexicana Marcela Lagarde, lo ha acuñado para referirse *al acto de matar a una mujer por el hecho de pertenecer al género femenino*. En igual sentido, la también investigadora mexicana Julia Monárrez dice frente al tema que “[e]l *feminicidio comprende toda una progresión de actos violentos que van desde el maltrato emocional, psicológico, los golpes, los insultos, la tortura, la violación, la prostitución, el acoso sexual, el abuso infantil, el infanticidio de niñas, las mutilaciones genitales, la violencia doméstica, y toda política que derive en la muerte de las mujeres, tolerada por el Estado”*[[6]](#footnote-6).

A la luz de esas ideas, en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, para referirse a qué se debe entender por feminicidio se dijo:

“La expresión feminicidio 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, por tanto, favorece y las expone a múltiples formas de violencia.

Como señala Olga Amparo Sánchez, el concepto de feminicidio es de gran utilidad política, porque contribuye a desarticular los imaginarios, creencias y prácticas sociales que ubican las violencias basadas en las relaciones de opresión y subordinación entre varones y mujeres como algo natural y tolerable. Adicionalmente, permite el análisis legal, político y cultural a la respuesta institucional y de la sociedad de los crímenes perpetrados en contra de las mujeres.

La noción de feminicidio incluye, entonces, tanto los crímenes cometidos dentro de la llamada esfera “privada‟ como “pública‟, tal como lo hace la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que en su artículo 1°, 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**”.[[7]](#footnote-7)

En ese orden de ideas, se puede apreciar que a nuestra legislación se integró el feminicidio como un delito autónomo al de homicidio a partir de la ley atrás mencionada, con el fin de castigar a quien cause la muerte de una mujer, independientemente de si es otra mujer quien la perpetra, por el hecho de ser la víctima mujer o por identificarse como tal aunque biológicamente no lo sea, o cuando se han dado con antelación al hecho de sangre, aquellas circunstancias descritas en los literales introducidos al artículo 104-A del Código Penal. Frente al tema dijo la Corte Constitucional que:

“Ahora bien, el feminicidio ha sido desarrollado por diferentes instancias internacionales de derechos humanos como una posible forma de tipificar un crimen relacionado con el género y de cumplir con las obligaciones internacionales respecto al deber de debida diligencia en la erradicación, prevención, investigación, y sanción de la violencia contra las mujeres y la garantía del acceso a la justicia. En estas instancias éste se ha definido, en términos generales, como el homicidio de una mujer por razones de género. Su evolución conceptual ha establecido que el contexto en el que sucede el homicidio puede ser determinante para identificar el móvil o intención en el asesinato que configura el delito. Esta posición ha sido compartida por varios de los países en América Latina que han tipificado el feminicidio como delito autónomo y han incluido criterios de violencia anterior al asesinato como un elemento para establecer la intención.

La inclusión de circunstancias contextuales como elementos descriptivos del tipo, como los indicios, los antecedentes y las amenazas, buscan superar la realidad de que la intención de dar muerte por motivos de género (corresponde a patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas) resulta extremadamente difícil de probar bajo esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder. En este sentido, no se trata de dar el carácter de prueba autónoma al contexto, ni las circunstancias hacen referencia a un asunto de relevancia normativa, sino a una de las posibilidades que permiten verificar el elemento subjetivo del tipo. Así, se trata de que el juez valore los indicios, los antecedentes y amenazas en conjunto con todos los elementos de prueba. **Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción**. Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, **pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad.”**[[8]](#footnote-8)

Como se puede ver de lo anterior, el delito acá analizado no solo se da cuando el responsable lo comete motivado por su misoginia, sino que también puede darse dentro de otros contextos, como por ejemplo, cuando la muerte violenta de la mujer se presenta como consecuencia de la violencia (sexual, psicológica, económica, moral, entre otras) sistemática en su contra, a la que es sometida por parte de su agresor dentro de un contexto de dominación en donde ella es objetivizada o cosificada por aquel. Pero si bien es cierto se ha ampliado el contexto dentro del cual se puede dar este reato, también es necesario señalar que de tiempo atrás la Sala Penal de la CSJ[[9]](#footnote-9), dejó claro que es necesario probar esas circunstancias dentro del proceso penal para poder penalizar al autor por la misma.

“En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

**Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.**

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales –que conviven o se encuentran separadas—, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “*suya*” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “*pertenecerle*” y la muerte que al final le causa “*para que no sea de nadie más*”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “*por razones de género*”.

**Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva 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 al 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**.” (Negrillas nuestras).

Revisando el presente caso a la luz de todo lo anterior, encuentra la Sala, tal como lo dio a conocer el representante del Ministerio Público, que de las entrevistas rendidas por la víctima, la señora DIANA MILDRED CHICA RAMÍREZ, en ningún momento dan cuenta de que con anterioridad al día de los hechos acá investigados el señor JIMMY SALAZAR VALENCIA la hubiese sometido a ella, o a otro miembro de su familia, a algún tipo de maltrato o violencia física, psicológica, sexual, económica o de cualquier otra índole, o que haya incurrido en comportamientos tendientes a demostrar que ella era de su propiedad o que estuviese sometida a una cosificación, o que él, desde una perspectiva de género, le haya hecho sentir que se encontraba en un plano de superioridad sobre ella.

Como sustento de lo anterior, se puede evidenciar que en la primera entrevista tomada a la víctima la mañana después de los hechos, ella informó no recordar nada de lo ocurrido debido al alto grado de embriaguez en que se encontraba[[10]](#footnote-10). Posteriormente, el 18 de febrero de 2017, esto es 14 días después, rindió una nueva entrevista en la que reiteró no recordar cómo sucedió la agresión, pero sí hizo saber que antes de eso, ellos discutieron porque él estaba empeñado en que le confesara si ella estaba sosteniendo una relación extramatrimonial, a lo que ella le respondió, para quitárselo de encima, que así era, y que ese era un tema por el cual el Procesado ya venía interrogándole en días pasados, pero en esa misma oportunidad dejó claro que ella en ningún momento con anterioridad a los hechos, había sido víctima de violencia intrafamiliar[[11]](#footnote-11). Situación que reiteró el 5 de junio de ese mismo año, cuando nuevamente fue entrevistada por un miembro de la SIJIN, a quien le hizo saber que ella, antes de los hechos, no había sido víctima de ningún tipo de violencia intrafamiliar por parte de su esposo, y que si bien para el momento de esa declaración, ya se había separado de él, era precisamente por lo sucedido, porque no era capaz de perdonarle la agresión y por ende no podía tener con él una vida de pareja normal, y vivir situaciones tales como el sostener relaciones sexuales, lo que los afectaba, porque él si deseaba que ello sucediera y ella no. Igualmente en esa oportunidad manifestó que ellos tenían compromisos económicos que adquirieron como pareja, tal es el caso de un préstamo con un banco, y que era él quien se hacía cargo del pago del mismo, como de otras cuentas y asuntos relacionados con la educación de los hijos, jamás hizo mención a sentirse obligada o coaccionada por esa situación, para haber estado en el pasado con él o continuar a su lado en la actualidad, aunque sí expresó claramente que para sus intereses económicos, no le convenía que él fuera llevado a la cárcel[[12]](#footnote-12).

De tal suerte, lo que se puede concluir de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, es que acá no estamos frente a una mujer que durante los 14 años de relación conyugal que sostuvo con el señor JIMMY SALAZAR, y antes del día del ataque que se investiga, haya sido sometida por parte de ese hombre a cualquiera de las situaciones de humillación, subordinación, dominación o discriminación que, a modo de ingredientes normativos del tipo, se tornan necesarias para la adecuación típica del delito consignado en el artículo 104A del Código Penal, por lo que no es viable admitir, como lo pretende el recurrente, que ello se concluya o se infiera, como si fuera un acto de prestidigitación, de dos circunstancias concretas: i) la condición de ama de casa de la señora DIANA MILDRED, que por cierto valga mencionar, jamás la Fiscalía ahondó en las razones por las cuáles la pareja había llegado o establecido esa relación de convivencia en donde solo uno de ellos aportaba económicamente a la vida familiar, y ii) los reclamos que de unos días atrás JIMMY SALAZAR venía haciéndole a la ahora víctima, porque tenía sospechas de que ella lo estaba engañando con otra persona, sin que frente a esta circunstancia, se tenga claridad de cómo eran esos reclamos o reproches, esto es, si eran airados, sí otras personas dentro del ámbito familiar y social de la pareja conocía sobre el tema, si estaban acompañados de agresiones verbales o de otra clase, entre otras situaciones.

De esa manera, no hay elementos de juicio reales y fehacientes que den cuenta de la existencia de conductas de violencia, manipulación, abuso, discriminación, humillación, etc., *ex ante* del Procesado hacía la señora DIANA MILDRED CHICA, y por el contrario lo que se tiene en cuanto a ello, son las conclusiones que hace el Ente Investigador frente al tema, las cuales se elaboran, de cierta manera, descontextualizando las narraciones de la víctima frente a lo sucedido el día de los hechos, y someros detalles aislados que brindó sobre cómo era su vida con el Procesado; y en este punto es importante mencionar que dentro de la indagación realizada por la FGN en este caso, se omitió profundizar más en esos detalles de la vida de la pareja que pudieran apalancar la imputación de un feminicidio en grado de tentativa, esto por cuanto acá se echa de menos la existencia de un acompañamiento psicológico a la víctima que diera luces sobre la posible existencia de maltratos psicológicos, de violencia moral, de tácticas de dominio del señor JIMMY SALAZAR hacía ella, de amenazas, de sentimientos de odio, aversión o culpa de la señora CHICA RAMÍREZ por las supuestas conductas celotipicas de su exesposo, de manifestaciones de temor de parte de ella a abandonarlo por la dependencia económica que tenían o tienen ella y su hijo respecto de él, entre otros aspectos, que se insiste, resultarían importantes para cimentar la tesis del recurrente. Igualmente, se tiene que no existen entrevistas realizadas a personas diferentes a quienes estaban departiendo con ellos el día de los hechos y que únicamente dieron cuenta de lo que apreciaron en esa oportunidad, como lo sería a familiares, vg. los hijos de la pareja, o amigas cercanas de DIANA que dieran cuenta que ella hubiese hablado o comentado comportamientos de violencia intrafamiliar de parte de SALAZAR VALENCIA hacía ella, y finalmente tampoco hay nada que hable de antecedentes judiciales del Procesado por delitos parecidos, o denuncias por hechos similares, ya que solo se arrimó el informe del Corregidor de la zona de la Palmilla-La Estrella[[13]](#footnote-13), donde se da cuenta de asuntos contravencionales, en los que estaba involucrado el ahora acriminado, quejas que es necesario decir no estaban relacionados con temas de importancia para este proceso y más bien eran asuntos de convivencia entre vecinos.

Así las cosas, si bien es cierto no se puede desconocer la existencia de una serie de normas que buscan proteger a la mujer de las distintas formas de violencias a las que pueda verse sometida por su condición de mujer, incluyendo la Ley # 1761 de 2015 que introdujo el feminicidio a nuestro ordenamiento penal como un delito independiente al de homicidio, ello no es suficiente para determinar que todo ataque del que sea víctima una mujer por parte de un hombre, de manera automática, como lo pretende el recurrente con los argumentos esbozados para demostrar la tesis de su discrepancia, debe adecuarse típicamente en el delito de feminicidio, porque, se reitera, para la adecuación típica de ese reato, se torna necesario el acompañamiento de otras circunstancias que permitan entrever que se está en presencia de un *crimen de género*, cometido por una persona para expresar su desprecio al género femenino o para hacer valer la superioridad de su condición de macho dominante.

Con todo lo dicho hasta ahora, se puede concluir que los elementos materiales probatorios con los cuales la Fiscalía pretendió soportar la formulación de la imputación, eran lo suficientemente claros y contundentes en demostrar que el ahora procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA era una persona que en lo que correspondía con la relación conyugal que sostenía con la señora DIANA CHICA, en momento alguno había incurrido en comportamientos agresivos en los que expresara su odio hacia las mujeres por su condición de pertenecer al género femenino, lo que obviamente alejaban de ser catalogado como un feminicida, y por el contrario nos pone en presencia de un hombre, que lastimosamente, ante un problema de pareja, generado por una celopatía, se salió de sus casillas y reaccionó de manera violenta en contra de su compañera sentimental, pues se insiste, en el comportamiento *ex ante* de JIMMY SALAZAR VALENCIA no hay nada que indique que él buscaba terminar con la vida de su pareja, o agredirla por el hecho de ser mujer hasta terminar con su existencia, y si bien es cierto debe ser sancionado penalmente por lo que quizás hizo, no es viable decir que esa condena deba darse dentro del marco del delito de feminicidio en grado de tentativa, como de manera errada lo quiere hacer ver la Fiscalía.

A la luz de lo anterior, se hace evidente que en este caso la Fiscalía actuó con ligereza al realizar la adecuación típica de los hechos que investigaba, y partió, muy seguramente, del supuesto errado que se ha vuelto común en nuestra sociedad, esto es, creer que todo ataque violento en contra de una mujer puede adecuarse dentro del delito de feminicidio, cuando ello necesariamente no es así, como bien lo demostró la Colegiatura a lo largo y ancho del presente proveído.

Siendo así las cosas, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto la Fiscalía, en lo que atañe con los cargos endilgados en contra del procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA, sí incurrió en un lamentable yerro en la calificación jurídica dada a los hechos, los cuales en momento alguno se adecuaban típicamente en el delito de tentativa de feminicidio agravado, sino posiblemente en algún otro punible diferente de aquellos amparados por el interés jurídico de la vida e integridad personal[[14]](#footnote-14), que para nada se afectaba el núcleo fáctico de la imputación. Tal situación generó una vulneración del debido proceso porque como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos se soslayó el núcleo factico de la imputación, en lo que atañe con la conducta penal de feminicidio.

De igual manera, como quiera que el procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA se allanó a los cargos, los cuales, se reitera fueron erróneamente adecuados típicamente por la Fiscalía, tal situación propició un episodio de vulneración de los derechos y garantías fundamentales que le asisten al Procesado de marras, ya que de no haber incurrido la Fiscalía en tan lamentables yerros, y si hubiera formulado una correcta imputación, ya sea, a modo de ejemplo, por el delito de tentativa de homicidio agravado o de lesiones personas agravadas, dichos reatos desde el ámbito punitivo se tornaban más beneficiosos en favor de los intereses del encausado, aunado a que por cualquiera de esos reatos eran mayores las contraprestaciones punitivas a las que el procesado se haría acreedor por allanarse a los cargos, si se parte de la base que la persona que en los casos de la comisión del delito de feminicidio decide aceptar los cargos, solo se haría merecedor a un descuento punitivo de hasta el 25% de la pena a imponer[[15]](#footnote-15), lo que no acontecería en casos de que la conducta punible endilgada al procesado se hubiera adecuado típicamente ya sea en los delitos de tentativa de homicidio agravado o lesiones personales agravados, porque en esos eventos el descuentos punitivo por allanarse a los cargos correspondería de hasta el 50% de la pena a imponer[[16]](#footnote-16).

De todo lo antes expuesto, la Sala concluye que estuvo atinado el Juzgado *A quo* cuando, acorde con lo regulado en el inciso 3º del articulo 351 C.P.P. resolvió no impartirle aprobación a la decisión del Procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA de allanarse a los cargos, debido a que dicho acto procesal fue producto de una vulneración del debido proceso, que conllevó a un conculcamiento de los derechos y garantías fundamentales del acriminado, como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada por la Fiscalía a los hechos, la cual, se reitera, se encontraba manifiestamente divorciada de la realidad fáctica y probatoria. Lo cual se agravó a un más, porque la oferta de descuento punitivo que le hizo la Fiscalía al Procesado como contraprestación por allanarse a los cargos resultó no se atinada, ya que la Fiscalía le dijo al encausado que se haría merecedor de un descuento punitivo del 50%, cuando legalmente dicho descuento solo sería del 25%.

A pesar de que el Juzgado *A quo* estuvo acertado al ordenar la nulidad de la actuación, porque en efecto lo acontecido se adecua en la causal de nulidad procesal consagrada en el artículo 457 C.P.P., se torna necesario dejar en claro que no fue del todo atinada dicha decisión en lo que corresponde con los efectos de la declaratoria de la nulidad procesal, los cuales en momento alguno debieron haberse hecho extensivos hasta la audiencia de la formulación de la imputación, sino solamente cobijar el acto procesal del allanamiento a cargos, por lo siguiente:

* Acorde con la estructura dada por el constituyente al sistema penal acusatorio, la cual es un sistema de partes en el que rige la adversariedad, mientras que el Juez es un Ente imparcial, no es posible invalidar la formulación de la imputación por ser un acto procesal que es propio de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia de hacerlo, ello implicaría que la Judicatura asumiera un rol que no le corresponde al fungir como una especie de coacusador, lo que obviamente desequilibraría su papel de sujeto imparcial.
* Fue en la aceptación de cargos donde tuvieron ocurrencia las maculas que conllevaron a la vulneración de los derechos y garantías fundamentales del Procesado, las que deben ser enmendadas o invalidadas mediante la declaratoria de nulidad de ese acto procesal.

Lo anterior, no es óbice para que la Fiscalía: a) Recapacite de su yerro y acuda nuevamente ante los Jueces de Control de Garantías para formular una nueva imputación en la cual la calificación jurídica dada a los hechos se encuentre en congruencia con la realidad fáctica y probatoria habida hasta el momento, para de esa forma brindarle la oportunidad al señor JIMMY SALAZAR VALENCIA de allanarse a los cargos; b) Persista obstinadamente en su empeño de considerar que la conducta endilgada a JIMMY SALAZAR VALENCIA sí se adecua típicamente en el delito de tentativa de feminicidio agravado y en consecuencia proceda a acusar al acriminado por ese presunto reato. Pero es de destacar que de darse este último evento, es necesario tener en cuenta que la Fiscalía deberá asumir las consecuencias de su tozudez, las que podrían conllevar a la improsperidad de sus pretensiones punitivas, o que los Jueces de Conocimiento, aplicando la teoría laxa de la congruencia[[17]](#footnote-17), hipotéticamente procedan a declarar la responsabilidad criminal del procesado por un delito diferente de aquel por el cual fue acusado, *siempre y cuando con dicha decisión no se afecte el núcleo factico de la acusación.*

En conclusión, se habrá de confirmar la decisión del Juzgado *A quo* de no imprimirle aprobación al allanamiento de cargos y en consecuencia proceder a decretar la nulidad del proceso, pero se modularan los efectos de dicha declaratoria de nulidad, los cuales no serán a partir de la formulación de la imputación, sino desde el momento de la aceptación que realizara el procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA de los cargos endilgados en su contra.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la providencia interlocutoria proferida en las calendas del 19 de abril hogaño por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso seguido en contra del señor **JIMMY SALAZAR VALENCIA** por presuntamente haber incurrido en las conductas punibles de tentativa de feminicidio y porte ilegal de armas de fuego.

**SEGUNDO:** **MODIFICAR** el auto opugnado, en el sentido de que los efectos de la declaratoria de nulidad se dinamizaran a partir del estadio procesal de la aceptación de cargos que hiciera el procesado JIMMY SALAZAR VALENCIA en la audiencia de formulación de la imputación celebrada el 3 de octubre de 2017 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Control de Garantías.

**TERCERO:** Devolver el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite dentro de la causa penal.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Inciso 3º del articulo 351 C.P.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia Única Instancia de marzo 17 de 2009. Rad. # 30978. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia del 14 de junio de 2017. SP8666-2017. Rad. # 47.630. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias del: 19 de octubre de 2006. Rad. # 25724; del 12 de septiembre de 2.007. Rad. # 27759; y del 27 de octubre de 2008, rad. # 29979. [↑](#footnote-ref-4)
5. Lo que correspondería a la hipótesis # 3 que a modo ilustrativo fue enunciada por la Sala. [↑](#footnote-ref-5)
6. Monárrez Fragoso, J., citada por OACNUDH y la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. Texto recuperado de: <http://fundacionjusticia.org/cms/wp-> content/uploads/2015/11/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf [↑](#footnote-ref-6)
7. Ramírez Ríos Gloria Inés, exposición de motivos de le Ley 1761 de 2015, pág. 16, texto recuperado de: <http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_SEN_049_2012.pdf> [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia C-297 de 2015, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia SP 2190- 2015, radicado # 41457 del 4 de marzo de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl. # 8 del cuaderno de la Fiscalía. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fl. # 48. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fl. # 68. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl. # 59. [↑](#footnote-ref-13)
14. Nos referimos a delitos de naturaleza dolosa. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 5º de la Ley # 1761 de 2.015. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 351 C.P.P. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017 Radicación # 43041. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-17)