PREACUERDO – IRRETRACTABILIDAD: Verificada la legalidad del mismo, no es posible su retractación.

PREACUERDO – NULIDAD: Aprobado por el juez de conocimiento, y de verificarse vicios del consentimiento del procesado o vulneración de garantías fundamentales, no procede la retractación sino la nulidad del acto procesal que lo aprobó.

No procede la variación de la adecuación típica respecto de la sentencia que adoptó tal calificación producto de la aprobación de un preacuerdo, al haberse verificado su legalidad; determinándose que lo que realmente se pretende es una retractación del acuerdo, lo cual no es posible en este momento procesal; ni tampoco es factible la declaratoria de invalidez del acto que dio aprobación al convenio, al no acreditarse que la aceptación de responsabilidad del procesado estuvo viciada por error, fuerza o dolo o que se desconocieron garantías fundamentales.

FEMINICIDIO CON CAPTURA EN FLAGRANCIA: DOSIFICACIÓN PUNITIVA: Rebaja de pena conforme la etapa procesal en que procede la aceptación de cargos.

Teniendo en cuenta que se procede por la comisión de un delito de feminicidio, cuyas penas resultan ser más contundentes al propender por la protección a la mujer que es objeto de violencia por motivos de género y discriminación y frente al cual existe la prohibición para realizar preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias, con posibilidad de allanamiento, pero mínimas rebajas, que se produjo la captura en flagrancia y la aceptación de cargos se hizo en sede de audiencia preparatoria, se determina que la dosificación realizada se encuentra ajustada a la legalidad en cuanto a la pena de prisión, toda vez que se ha efectuado con aplicación al artículo 61 del Código Penal, y una vez individualizada la sanción se hizo la rebaja que por el momento procesal sería de 8,33%, pero que en adecuada aplicación al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, solo puede ser de la mitad de este beneficio por ende corresponde a 4,165%. Sin embargo hay lugar a modificar la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, al haber superado el límite máximo permitido que corresponde a 20 años.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	**:** Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	**:** 520016000485201700498-01
No. Interno	**:** 20179
Conducta Punible	**:** Feminicidio tentado
Acusado	**:** FHBB
Decisión	**:** Confirma sentencia
Aprobado	**:** Acta Nº 164 de 9 de diciembre de 2020

San Juan de Pasto, catorce de diciembre de dos mil veinte (2020)
(Hora: 10:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del procesado FHBB, en contra de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (N) con funciones de conocimiento, que impuso sentencia condenatoria al mencionado por el delito de feminicidio tentado producto de un preacuerdo suscrito con el ente acusador y el investigado con una pena de prisión de 258 meses y 22 días, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

El motivo de inconformidad del apelante, gira en torno a la adecuación típica por la que se realizó el preacuerdo señalando que el punible acaecido es Lesiones Personales Agravadas y que en subsidio la pena irrogada resulta excesiva al no emplear la rebaja procesal correspondiente.

1. Supuestos fácticos

Los supuestos fácticos del caso serán transcritos taxativamente de los consignados en el escrito de preacuerdo:

> *"De acuerdo a la información legalmente obtenida y elementos materiales probatorios con que cuenta la Fiscalía, y en especial por lo manifestado por la víctima NMEM, el testigo presencial de los hechos Señor BALM, y el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, suscrito por el Patrullero JHONATAN REVELO CEBALLOS, se conoce que el día 25 de enero del año 2017, siendo aproximadamente las tres y treinta de la tarde, cuando la víctima NMEM se encontraba en compañía de su compañero de trabajo BAL, laborando como estilistas o peluqueros en el Establecimiento Comercial denominado…, de repente ingresó al establecimiento un sujeto de sexo masculino de quien luego se supo respondía al nombre de FHBB, quien sin mediar palabra y haciendo uso de un arma blanca corto punzante (cuchillo), le pega varias puñaladas en diferentes partes del cuerpo a NM, con violencia y sin parar la acción de agresión hasta que la vió*

tendida en el piso, para luego huir del lugar, siendo seguido por parte del compañero de trabajo de la víctima, quien lo sigue hasta la salida del Centro Comercial en donde informa a una patrulla de la policía quien realiza la persecución, fruto de la misma es capturado el agresor FHBB, en la Calle 16 con carrera 22 esquina; llevando consigo una arma blanca con el mango de color negro; en tanto la víctima es auxiliada por su compañero de trabajo y trasladada de manera inmediata al Hospital Departamental de esta ciudad donde es atendida por urgencias, en donde se determinó que la paciente recibió seis heridas con arma blanca a nivel de región cervical posterior y bilateral en ambos campos pulmonares.

Se conoce además de acuerdo a lo manifestado por la victima NMEM, que con el agresor Señor FHBB, ella mantuvo una relación sentimental fruto de la cual tuvieron un hijo que actualmente tiene diecinueve años, que dos años antes de los hechos reanudaron sus relaciones sentimentales y amorosas; que únicamente convivieron durante cuatro meses y que se separó nuevamente de dicha persona en razón de que se trataba de una persona muy violenta que la maltrataba verbal y físicamente, y que la amenazaba de muerte; y todo ese tipo de agresiones se ha dado en razón de que ella no ha querido continuar con las relaciones amorosas con su excompañero, y que él quiere a toda costa a las buenas o a las malas esté con él; que últimamente la amenazó de que la iba a matar a ella o al hijo si no volvía con ella; y que por ello ella presentó denuncia por unos hechos que se sucedieron el día 18 de enero de 2017; y que la agresión de que ahora fue víctima, por el arma que utilizó y la forma en que lo hizo y por las amenazas que le había proferido, todo ello indica que quería acabar son su vida; ya que esas no solo eran sus intenciones sino que además la había amenazado de muerte en varias oportunidades y tan solo días antes en razón de que ella no quería reanudar las relaciones sentimentales con él, y por ello la amenazó de muerte a ella y a su familia."[1]

2. Actuación procesal y providencia recurrida

[1] Acta de Preacuerdo del 14 de noviembre de 2018, Folio 120 de la Carpeta.

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con función de control de garantías, el 26 de enero de 2017, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró la legalidad de la captura y se imputó el delito de feminicidio del artículo 104 A literal a) del código penal, bajo la modalidad tentado que conlleva una pena de 125 a 375 meses de prisión en calidad de autor a título de dolo, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos.

Aunado a lo anterior, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 7 de marzo de 2017 ante el Centro de Servicios la Fiscalía radicó escrito en el cual acusa al señor FHBB como autor, a titulo de dolo, del delito de Feminicidio tentado de los articulo 103 y 104 A Literal a) agravado por los numerales 6 y 7 del artículo 104 del código penal; audiencia que se realiza el día 24 de mayo de esa anualidad, acto en el cual la defensa anuncia que hará uso de la figura de la inimputabilidad de su prohijado.

Con fecha 11 de septiembre de aquel año, se inicia la audiencia preparatoria, en tema relacionado con el descubrimiento probatorio, la defensa solicita aplazamiento debido a la falta de la valoración para determinar la inimputabilidad del acusado.

El 16 de noviembre de 2018 se allega escrito de preacuerdo suscrito por el fiscal, el acusado BB y el abogado defensor, en dicho escrito el procesado acepta los cargos de tentativa de feminicidio a titulo de dolo y en calidad de autor por lo que se ofrece conforme lo establecido en el artículo 5º del la Ley 1761 de 2015. Un medio del beneficio que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004, pena que

será fijada por la Juez que conoce del proceso penal, por cuanto dicha ley prohíbe la realización de preacuerdos y solo concede esta rebaja.

El día 19 de marzo de 2019 se da aprobación al preacuerdo antes mencionado y se emite la sentencia de rigor.

2.2. En la providencia materia de recurso, la *a quo*, sentó el objeto del pronunciamiento, la individualización e identificación del acusado y los términos del preacuerdo.

Claro lo anterior procedió a pronunciase sobre la sanción a imponer, punto en el que recordó que la defensa solicitó que se aplique por favorabilidad la Ley 1826 de 2017, que consagra la posibilidad de que el reconocimiento de la rebaja del 50% sea aplicable a todos los delitos, a excepción de los establecidos en el código de infancia y adolescencia.

Al respecto menciona que, aunque en un principio la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en materia penal reconoció tal posición, el 5 de diciembre de 2018 se recogió tal tesis, indicando que la Ley de pequeñas causas y todos sus artículos, incluyendo la disposición a la que hace referencia la defensa, sólo debe aplicarse para los delitos contemplados en el artículo 534 del CPP, y que, en los casos en los que ha existido flagrancia debe aplicarse el artículo 301 del CPP, por lo que no es procedente a acceder a tal pedimento.

Luego efectuó el proceso de dosificación punitiva para lo cual trajo a colación el marco de las penas a imponer teniendo en cuenta que la conducta se presentó en grado de tentativa, indicó que en el caso

no se presentan circunstancias de mayor punibilidad, con lo que resolvió ubicarse en el cuarto mínimo.

Luego señaló que la pena a imponer sería la de 270 meses de prisión, esto, teniendo en cuenta el modo en el que se desarrollaron los hechos y la afectación que con los mismos sufrió tanto la víctima, como el hijo que tiene en común con el procesado.

Finalmente recordó que en el caso existió captura en flagrancia y se está frente a la aceptación de cargos durante la celebración de la audiencia preparatoria, por lo que, atendiendo a la naturaleza del delito, se reconocería la mitad del beneficio dispuesto para esos efectos, esto es, de un 4.165%, imponiendo de manera definitiva una pena de prisión de 258 meses y 22 días de prisión y las accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Colateral a lo anterior se pronunció sobre los subrogados penales, indicando que en el caso no se cumple con los presupuestos objetivos para acceder a alguno de ellos, por lo que los negó.

3. Argumentos de la Defensa como apelante.

El abogado defensor de FHBB, inconforme con la decisión adoptada en primera instancia la recurrió.

Para sustentar su postura comenzó por recordar los fácticos que motivaron el asunto y el trámite procesal agotado.

Luego sentó sus consideraciones, aludiendo en primera medida a la modificación de la calificación jurídica; en el punto, indicó que en el caso resulta apropiado cambiar el reato de feminicidio en la

modalidad de atentado, vía preacuerdo, por la de lesiones personales agravadas, pues esta conducta es la indicativa conforme a los hechos presentados el 25 de enero de 2017.

Añade que la conducta de su defendido no puede tener la calificación de feminicidio sino de lesiones personales, tal y como lo dictaminó medicina legal, pues para que se configure la primera, la actuación de su defendido el día de los hechos debió estar impregnada de agresividad, una violencia extrema, provocando heridas en los órganos vitales, por lo que existió una equivocada imputación del delito.

Indica que conforme se expone en la denuncia presentada por la víctima, puede verse que la intención de su defendido no era acabar con la vida de su ex compañera sino lograr una reconciliación, y que, aunque se haya aceptado la conducta de feminicidio, ello se debió a la renuencia de la Fiscalía a degradar la conducta a un delito menor, por lo que solicita que sea ésta instancia la que proceda a efectuar tal variación de la calificación jurídica, cambiándola a lesiones personales agravadas, insistiendo en el hecho de que los móviles de FB se dirigieron a ésta última, y que así se dictaminó en medicina legal.

Seguidamente hizo alusión a la dosificación de la pena del delito de Feminicidio en modalidad de tentativa, sobre la cual, en aplicación del artículo 27 del CP, la pena oscilaría entre los 20,8 años como mínimo y 41,6 años como máximo; además, que el caso debe aplicarse el contenido del artículo 352 del CPP por allanamiento a cargos.

Así, encontró que la pena impuesta en la sentencia recurrida, que en sí fue la de 21,6 años, sobrepasa el límite mínimo de la ley, 20,8

años, de la cual se debe partir por el operador judicial para reconocer la rebaja respectiva.

Además, que, para el caso, en la aceptación de cargos no se incluyó circunstancias de mayor punibilidad o circunstancias de agravación, y sí una circunstancia de menor punibilidad, como lo es, la carencia de antecedentes penales, por lo que se debe partir del mínimo de la pena fijada para el delito.

A su juicio entonces, en aplicación de las circunstancias y prescripciones normativas arriba descritas, consideró que el caso debió imponerse una pena de 13,7 años de prisión, por lo que la impuesta por el juzgado no obedece a lo establecido en el artículo 352 del CPP, por lo que solicita que se efectúe una redosificación en dicho sentido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de FHBB contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Corresponde que en esta oportunidad la Corporación se pronuncie sobre dos temas que plantea la defensa. El primero está relacionado con la legitimación que tiene el defensor para solicitar la variación de la adecuación típica respecto de la sentencia que adoptó tal

calificación producto de la aprobación de un preacuerdo suscrito por las partes; y el segundo, la pretensión de una rebaja mayor a la permitida para el delito de feminicidio dejando de atender las previsiones de la Ley 1761 de 2015.

3.- De la irretractabilidad del preacuerdo.

No cabe duda, detrás de la petición del defensor en cuanto a su inconformidad con la adecuación típica que fue objeto de preacuerdo, concertada entre las partes verificada por el Juez de conocimiento, con el aval de la víctima, con la comprobación que se trata de un acto voluntario del acusado, cumpliendo con las exigencias de los artículos 131 y 293 del códice procesal penal, lo que se avizora es la presentación de la retractación a la decisión de aceptar los cargos formulados en audiencia de acusación por vía de preacuerdo.

Recordemos que el parágrafo del artículo 293 antes mencionado establece: La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

Del mencionado artículo se entiende que una vez se ha presentado el escrito de preacuerdo ante el juez de Conocimiento correspondiente quien en ejercicio de su facultad lo ha encontrado ajustado a la realidad basado en el mínimo probatorio exigido y examinada la voluntad libre de vicios del consentimiento, puede el fallador emitir su aprobación. Una vez encontrado ajustado a la normatividad procesal penal, no es procedente la retractación por parte del procesado; ello en otras palabras significa que si el acusado decide no aceptar el preacuerdo en el que va la

aquiescencia de su responsabilidad penal antes del beneplácito otorgado por el Juez, es procedente la rescisión, y a *contrario sensu* una vez aprobado el preacuerdo por el funcionario judicial correspondiente no hay lugar a retirar su manifestación de asentimiento.

Lo consagrado en el parágrafo indica que ocurrida la conformidad por el servidor judicial **solo** es procedente la retractación si del análisis efectuado a la actuación realizada se avizora que existen vicios en el consentimiento o que hay violación a garantías fundamentales.

Debemos recordar que el acuerdo suscrito entre las partes se convierte en ley para las mismas, que una vez producida la aprobación por el funcionario constitucionalmente facultado se traduce en sentencia que pone fin de forma anticipada al proceso penal.

Respecto del tema, de tiempo atrás la CSJ Sala de Casación Penal, en radicado 45333 del 25 de febrero de 2015 ha señalado que:

> *"5. Respecto de la retractación, la Sala de Casación Penal se ha pronunciado en los siguientes términos que hoy reitera (CSJ AP 830-2014, 26 de febrero de 2014, rad. 34.699):*
>
> *"La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irretractabilidad , que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.*

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que <<una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia>> CC SC C-1195-05.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada."

Más adelante expresó:

"En tal orden de ideas, ha de entenderse que el parágrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y su prosperidad

sería viable, sólo en la medida que el interesado acredite que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales."

4.- Dosificación punitiva en casos de feminicidio.

Importante para entender el tema resulta manifestar que la expedición de la Ley 1761 de julio de 2015 se da en un ambiente social donde la creciente violencia de género en la que se tipifica el delito de feminicidio en aras de encontrarse nuestro Estado acorde a los tratados y convenios internacionales suscritos para la protección de la mujer especialmente del maltrato propiciado por el hombre en el ámbito familiar.

Lo que se procura con este instrumento legal es encaminar hacia una igualdad real, a la prevención y la disminución de agresiones hacia la mujer, especialmente aquellos actos ignominiosos que impiden una vida digna a la mujer que es objeto de aquellos.

Dentro de los instrumentos internacionales que han permitido la expedición de la citada Ley se puede contar la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o como es conocida "Convención de Belém do Pará" adoptada en 1984.

En ese orden de ideas es preciso señalar que lo pretendido con la Ley 1761 es poder adoptar medidas drásticas contra los agresores que permitan entornos de una mejor vida para la mujer y que como lo consagra el artículo 1º de aquella: "La presente ley tiene por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación

y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación."

Es por lo que la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad 539 de 2016 que analiza aspectos de la Ley de feminicidio, entre sus explicaciones de este tipo penal señala:

> *"5. En la disposición que se analiza, la expresión "por su condición de ser mujer" introduce un elemento subjetivo, consistente en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a la mujer. Este ingrediente identifica el tipo de feminicidio, le otorga autonomía normativa y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. En ambos casos el resultado material es el mismo, pues se concreta en la supresión de la existencia del ser humano de ese género. Sin embargo, mientras que el homicidio simple de una mujer no requiere motivación alguna, el feminicidio sanciona la circunstancia de haberse finalizado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer."*

Mas adelante señala:

> *"A partir de una lectura sistemática y teleológica del tipo penal y, en especial, de su finalidad[8], de la definición técnica de feminicidio[9] y los problemas de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia[10], la Sala puso de manifiesto que las situaciones indicadas en los mencionados literales son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no lo reemplazan ni conllevan a que pueda prescindirse de él. En consecuencia, en cada uno de tales contextos descriptivos se requiere todavía mostrar que, efectivamente, la vida de la mujer fue suprimida "por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género", para que se realice el delito.*

8. Dichos conjuntos de circunstancias implican, entonces, siempre el citado elemento subjetivo del tipo. La implicación en sentido contrario, en cambio, no se da, pues la condición de mujer de la víctima, como ingrediente motivacional del agente, da lugar al feminicidio no solo en las situaciones indicadas en los mencionados literales. 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[11]. 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."

Se itera lo pretendido por el legislador con este tipo penal es que la mujer no sea objeto de violencia en sus relaciones familiares, sociales y laborales, que existe un ambiente de no discriminación por su condición de mujer, que se establezca un mejor ambiente en su rol y para ello por política criminal se ha diseñado incremento ostensible de las penas y prohibición de cualquier forma de preacuerdos, con posibilidad de allanamiento, pero mínimas rebajas, pues lo fundamental es mediante la imposición de una pena disuadir al posible agresor de realizar el acto, pues la pena que se irroga a través del aparato Estatal resulta elevada, por ello como se trata de medidas extremas, su rigidez es inobjetable, y al darse la aplicación de la norma no hay cabida a otro tipo de interpretación distinto a la filosofía de la norma creada.

Respecto de la dureza de la norma la CSJ en radicado 49209 del 8 de septiembre de 2017 expuso:

"Si bien el título del artículo 5.° de la Ley 1761 de 2015 corresponde a "Preacuerdos", lo cierto es que con esa disposición se afecta la rebaja de pena prevista por el primer inciso del artículo 351 del C. de P. P.,

que no es exclusiva de estos, sino que también se aplica en caso de allanamiento a cargos, según lo indica el numeral 3.° del artículo 288 ibídem, que prevé la: "Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351" (se subraya).

Es decir, si la posibilidad de obtener rebaja de pena por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación se supedita al artículo 351 y tal descuento se encuentra limitado para los casos de feminicidio, esa previsión también es extensiva a la eventualidad contemplada por el artículo 288-3, por la inescindible conexión que existe entre los dos preceptos. (Subrayas fuera del texto)

Si bien la intención de eliminar beneficios y subrogados para los perpetradores de feminicidio fue morigerada en forma significativa durante el trámite del proyecto de ley en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso n.° 322 del 22 de mayo de 2015, página 11), en todo caso se mantuvo el propósito declarado en la exposición de motivos, esto es, obtener la imposición de una sanción ejemplarizante para los responsables de feminicidio, debido a la gravedad del hecho y al grado de repudio que el mismo merece (Gaceta del Congreso n.° 773 del 26 de septiembre de 2013, página 8).

Pues bien, a ese designio se ajusta la interpretación prohijada por la Sala, así como también a la conceptualización que ha retomado a partir de la providencia CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, Radicado 39831, en el sentido que el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo."

Lo anterior por cuanto la Ley 1761 de 2015 indica en su artículo 5º: Preacuerdos: La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar **un medio del beneficio de que trata el artículo 351** de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Como lo dice la jurisprudencia antes citada, se trata de un descuento que se ha limitado por tratarse del

delito de feminicidio, con el propósito de imponer sanciones drásticas para prevenir y erradicar toda clase de violencia a la mujer.

5. Del caso en concreto

5.1. Para dar respuesta al primer problema planteado la Sala debe manifestar que la deprecación de la defensa, en cuanto al cambio de adecuación típica respecto de una situación fáctica que ya se ha definido mediante la aprobación de un convenio o preacuerdo, que al momento procesal se encuentra con decisión judicial que goza de firmeza formal y material, NO ES POSIBLE y entonces, bajo tal contexto, se debe entender que con su inconformidad lo que procura es que se deshaga dicho pacto, y que su recurso va encaminado a una retractación del arreglo estipulado.

Sea lo primero indicar al togado, que no opera en nuestra legislación procesal penal aquella figura de manera simple y llana, por el contrario, rige el principio de la irretractabilidad en materia de allanamientos y preacuerdos en aquellas condiciones. Y como con anterioridad se expuso, solo cuando se evidencia que el consentimiento pueda adolecer de vicios que de acuerdo con la legislación civil pueden ser el error, la fuerza y el dolo, y que bajo una cualquiera de aquellas se emitió la aceptación de cargos es viable la nulidad, y la otra forma que también resulta procedente dicha rescisión es cuando se presente vulneración a garantías fundamentales.

Claramente se otea que dichas situaciones afectan el debido proceso de forma sustancial por lo que producida su demostración de una de las circunstancias aludidas conlleva la declaratoria de invalidez del acto procesal que dio aprobación a un preacuerdo en aquellas condiciones. Por tratarse de una causal de nulidad puede

exponerse en contra de la sentencia formulada, pero con la base probatoria y argumentativa adecuada, porque tal ejercicio conlleva una exposición específica tendiente a probar el derecho fundamental afectado.

También en acápite anterior se indicó que es válida la retractación cuando el Juez de conocimiento aún no se ha pronunciado sobre la aprobación del convenio suscrito entre las partes, dado que se está en un estadio de negociación en que las manifestaciones a favor o en contra corresponden a esa esfera y es facultativo de las partes aceptar o rechazar.

En este orden de ideas, refulge claro que para la procedencia de la retractación una vez se ha dado la aprobación por parte del Juez de Conocimiento, deben demostrarse los vicios o violaciones a las garantías, no es un mecanismo que opere de manera insular, y que al capricho del acusado primero acepta y luego mediante un recurso niega el delito realizado, por ello tiene establecidos procedimientos que necesario es respetar por las partes, y en tratándose de preacuerdos se ha dicho son ley para las partes.

Téngase en cuenta que para que el Juez pueda llegar a la decisión de aprobar el preacuerdo recorrió un camino verificando al tenor del artículo 327 inciso final del procedimiento penal, que exista el mínimo de prueba del que se puede inferir el comportamiento penal y la participación del acusado, por ello no es un acto sin sustento alguno, si el Juez observa que la situación fáctica ostensiblemente no corresponde con la adecuación jurídica, dicha pretensión no podrá ser acogida. Además, existe un momento procesal en la audiencia que de forma directa el fallador ausculta que la decisión del acusado de aceptar su responsabilidad por la vía del preacuerdo es un acto libre, consciente, voluntario y asesorado; todo lo cual

indica que dicho procedimiento debe estar rodeado de plenas garantías por cuanto es la forma de terminación abreviada de tramite procesal, que como se sabe para emitir una sentencia condenatoria debe cumplir con el baremo establecido en el artículo 381 de la ley adjetiva penal.

La postulación de la defensa conlleva la protección de un bien jurídico diferente al determinado por el ente fiscal conforme la situación factual, rememoremos que es la fiscalía quien tiene la facultad constitucional de realizar conforme ese *factum* los juicios de imputación y acusación, y si en tal decurso concluyó que la investigación determina que se trata de un atentado la mujer producto de una violencia que se viene produciendo en la que se considera un objeto del cual puede predicarse una propiedad, no existe otra tipificación que la expuesta por el aquel órgano investigador.

Y si su pretensión era la solicitud de nulidad de aquel acto de aprobación del preacuerdo, como ya se anotó, la argumentación no tiene ni sustento normativo ni demostración respecto de alguna de las posibilidades señaladas en la norma, que requieren prueba para comprobar que no es un simple acto de querer deshacer un tramite que goza de legalidad con respecto por las garantías del acusado.

Bajo estas consideraciones, la Sala encuentra que la pretensión de variación de la calificación jurídica en esta actuación procesal ceñida de garantismo y que ha dado lugar a despachar una sentencia condenatoria en contra de FHBB por el delito de feminicidio, no encuentra eco dadas las argumentaciones expuestas en precedencia.

5.2. Respecto del segundo problema jurídico que de forma subsidiaria formula el defensor y que se encuentra relacionado con su aspiración a una mayor rebaja al momento de la dosificación punitiva, debe la Sala recordar al apelante que la política criminal que ha regido la expedición de normas para la regulación de conductas que se encuentran inmersas en el campo penal, busca que mediante la imposición de la pena privativa de la libertad, que mediante esta amenaza como criterio de prevención, se persuada a que el ciudadano no ejecute la acción demarcada como delictual.

Es por lo que el artículo 4º del estatuto de las penas consagra como fines de la pena entre otros la prevención general, que procura mediante la intimidación de la imposición de una pena desanimar, disuadir a los potenciales delincuentes de ejecutar dicho acto (prevención general negativa), es por lo que la norma penal luego del supuesto de hecho tiene una consecuencia jurídica que es la sanción que puede ser de multa o prisión.

Ello unido a que existen situaciones de ocurrencia del delito que ofrecen mayor claridad como la flagrancia y la necesidad de proteger bienes jurídicos especiales, donde el legislador penal ha limitado con drasticidad la rebaja de la pena cuando opera la aceptación de cargos sea por vía de allanamiento o de preacuerdo.

Debe la Sala indicar que es la ley 1453 de 2011 en su articulo 57 que determinó que la rebaja de pena cuando se presentaba la captura en flagrancia sea menor, norma que tuvo la revisión de constitucional por la Corte y mediante sentencias 645 de 2012 y 240 de 2014 fue encontrada ajustada a la normatividad.

El artículo 301 del código de procedimiento penal nos define las situaciones que deben considerarse como captura en flagrancia y

con la Ley citada se introduce un parágrafo que indica: La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, es el mismo legislador penal quien en su potestad de configuración en tal materia quien establece cómo deben operar las rebajas de pena cuando se está ante un caso de flagrancia, cantidad de rebaja que comprende todos los momentos procesales en que procede la aceptación de cargos.

Sobre este tópico recordemos la jurisprudencia de la CSJ en su Sala de Casación Penal radicado 38285 del 11 de julio de 2012 que dijo:

> *"Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.*
>
> *Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:*
>
> ***Rebajas punitivas por aceptación de cargos***

Audiencia de formulación Art. 351	***Rebaja original ½ (50%)***	***Rebaja actual*** *12.5 % (1/4 de la mitad)*
Audiencia preparatoria Art.356 N.5	*1/3 (33.3%)*	*8.33% (1/4 de la tercera parte)*
Audiencia juicio oral Art. 367	*1/6 (16.6%)*	*4.16% (1/4 de la sexta parte)*

*En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un **8.33** por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.*

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción."

Queda claro que cuando se está ante la figura de la flagrancia los montos de la rebaja no pueden ser iguales a los procesos donde no opera este fenómeno y el ente investigador ha debido desplegar un mayor esfuerzo por identificar al autor del comportamiento, para los eventos de flagrancia las pesquisas tendientes a determinar al autor o participes resulta mas fácil por ende quiso el legislador que ante dicha evidencia la rebaja no sea significativa.

Y es la misma facultad de configuración del legislador penal que ha querido tener más contundencia con las penas para el delito de feminicidio, que como antes se dijo se crea esta figura que propende por la protección a la mujer que es objeto de violencia por motivos de género y discriminación y como lo pretendido son penas ejemplarizantes, con igual filosofía se indica la prohibición para realizar preacuerdos sobre los hechos y sus consecuencias, solo permite una minina rebaja como ya se expresó en el citado artículo 5º de la ley 1761 de 2015, que **sólo** corresponde a la mitad del beneficio del artículo 351 del procedimiento penal.

El evento que hoy concita a la Sala se ha dado bajo la figura de la flagrancia cuando el 25 de enero de 2017 en horas de la tarde fue

capturado FHBB cuadras más adelante del centro comercial Ponte Vedra, por policía de la vigilancia del sector, por petición del compañero de trabajo de la víctima quien lo señala como el agresor de NMEM, encontrando en su poder el arma con que acababa de lesionarla en distintas partes del cuerpo.

En tratándose del delito de feminicidio agravado, se establece la figura del preacuerdo reglada por la ley 1761 de 2015, que contiene la prohibición expresa de una mayor rebaja a la mitad del beneficio del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, con ello se brinda una protección a la mujer objeto del delito, quien procura justicia por tal accionar.

La dosificación realizada por la primera instancia se encuentra ajustada a la legalidad en cuanto a la pena de prisión, toda vez que se ha efectuado con aplicación al artículo 61 del estatuto de las penas, se han elaborado lo cuartos correspondientes y se ha escogido el cuarto mínimo para imponer la pena, de igual manera se ha motivado conforme el inciso 3º de la norma citada para apartarse del tope mínimo y una vez individualizada la pena en 270 meses de prisión se hace la rebaja que por el momento procesal tiene señalado la norma de 8,33%, pero que en adecuada aplicación al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015 que regula el delito de feminicidio solo puede ser de la mitad de este beneficio por ende corresponde a 4,165%. Es por lo que la pena irrogada corresponde a 258 meses y 22 días de prisión, (21,5 años y 22 días) como se indica en la sentencia que se revisa.

Son estas las razones por las cuales la rebaja no puede corresponder a una tercera parte de la pena, como lo solicita la defensa en su recurso, dado que se trata de una situación de flagrancia y que en protección a la víctima la ley 1761 de 2015

permite la mitad de la rebaja para los casos de flagrancia cuando se presenta la aceptación de cargos en sede de audiencia preparatoria como en el presente caso.

Suficientes argumentos para indicar a la defensa que su pretensión de obtener una mayor rebaja a la pena establecida no sea procedente.

Colofón de lo anterior, una vez zanjados los aspectos referentes a los motivos de inconformidad contenida en el recurso de apelación presentado por la Defensa, procede esta Corporación a confirmar la decisión de primera instancia en aquellos tópicos, conforme los argumentos expuestos con anterioridad.

6. De la inhabilitación de derechos y funciones públicas

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es una pena que puede ser principal a voces de los artículos 43, 44 y 52 del códice sustantivo penal, y también basado en la última norma mencionada es pena accesoria a la pena de prisión, así lo establece el inciso 3º.

Pero por virtud del artículo 51 de la misma normatividad, esta pena tiene unos límites los cuales no pueden ser rebasados, reza la norma anunciada: La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

De lo anterior refulge con claridad que esta pena cuando opera como principal o accesoria tiene una demarcación máxima que en aplicación al principio de legalidad de la pena no puede ser excedido y que corresponde a 20 años.

La CSJ Sala de Casación Penal en radicado 46244 del 20 de enero de 2016 expresó sobre este tópico:

> *"5. En cuanto hace al primer aspecto, impera recordar que el inciso 3º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 prevé que, en cualquier caso, "la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede". Sin embargo, la disposición en comento también establece que dicho monto no puede "exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2º del artículo 51", la cual se relaciona con la intemporalidad de tal sanción, prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, para los eventos en los que son condenados los servidores públicos por delitos contra el patrimonio del Estado.*
>
> *El citado artículo 51 del Código Penal, que regula en su integridad la duración de las penas privativas de otros derechos, señala que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá "una duración de cinco (5) a veinte (20) años".*
>
> *Interpretadas esas disposiciones de manera armónica, la Sala en reiteradas decisiones ha sido pacífica al señalar que, en ningún evento esa sanción accesoria superará los veinte (20) años, sin importar que la pena privativa de la libertad a la que es aneja por mandato legal, corresponda a un guarismo mayor (CSJ. SP, 10 feb. 2010, rad. 32216 y SP, 25 sep. 2013, rad. 40241)."*

En este marco conceptual deberá la Sala corregir el error en que ha incurrido la primera instancia al acompañar a la pena de prisión de 21 años 6 meses y 22 días, la de inhabilitación de derechos y funciones públicas cuyo límite máximo permitido por la normatividad corresponde a 20 años.

En este sentido se deberá modificar el numeral primero de la sentencia emitida en contra de Fabio Harvey Benítez Becerra.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°. **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia recurrida, que quedará así:

Declarar a FHBB de condiciones personales y civiles señaladas en el acápite de individualización, autor penalmente responsable del delito de **feminicidio agravado en grado de tentativa.** En consecuencia, imponerle en su contra la pena principal de **doscientos cincuenta y ocho (258) meses y veintidós (22) días de prisión** acompañada de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, por hechos cometidos el 25 de enero de 2017.

2°. CONFIRMAR en lo que fue objeto de apelación

3º Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que procede el recurso de casación, que deberá ser interpuesto en la forma como lo establece el artículo 183 del código de procedimiento penal.

Notifíquese y Cúmplase

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

1481

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 160

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado progresivamente mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en la acción de tutela de la referencia.

Pasto, 3 de diciembre de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario