rsanabria .CO

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP512-2023
Radicación n° 55465
Aprobado Acta No 229

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de casación presentado por el defensor de Luis Alfredo Camelo Pacheco contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 18 de febrero de 2019 que, al revocar la decisión absolutoria de primera instancia emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito el 19 de noviembre de 2018, condenó al procesado imponiéndole como sanción privativa de la libertad 200 meses de prisión al declararlo penalmente responsable del delito de tentativa de feminicidio que le había sido imputado.

HECHOS Y ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Los hechos de este caso tuvieron ocurrencia pasadas las 16:00 horas del día 20 de septiembre de 2015, cuando Deysi Carolina Chía Lozano se encontraba departiendo en un establecimiento público destinado al consumo de licor y baile, ubicado en la calle 42 con carrera 84 sur de esta ciudad capital, cuando a tal lugar arribó Luis Alfredo Camelo Pacheco, con quien mantenía una relación sentimental. Pasados algunos minutos y después de haber salido el hombre brevemente del sitio, regresó procediendo a atacar a la mujer con un bisturí, infiriéndole varias heridas en el cuello. Al intentar huir fue aprehendido por vecinos y entregado a la autoridad. Entre tanto, agentes de la Policía trasladaron a la mujer a un centro médico en donde se logró salvar su vida.

2. El 22 de septiembre de 2015, el Juez 29 Penal Municipal de Control de Garantías, declaró la ilegalidad de la captura y ordenó la libertad de Camelo Pacheco, decisión confirmada por el Juzgado 8° Penal del Circuito el 14 de diciembre del mismo año.

3. A su vez, ante esa autoridad judicial, previamente solicitarse y materializarse su captura, el 17 de diciembre de 2015 se cumplieron las audiencias de su legalización y formulación de imputación por el delito de feminicidio agravado tentado contra Camelo Pacheco. Se le afectó a su vez

con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. El imputado no aceptó cargos.

4. El 12 de febrero de 2016 se radicó escrito de acusación y el 23 de agosto posterior se adelantó la audiencia de su formulación.

5. Tramitadas la fase preparatoria y del juicio oral, se emitió sentencia absolutoria de primera instancia, misma que dispuso la libertad inmediata del procesado, la que hubo de ser revocada con la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó en los términos originalmente glosados.

DEMANDA

1. El **primer cargo** aducido por el apoderado de Luis Alfredo Camelo Pacheco, se postuló por violación indirecta derivada de error de derecho por falso juicio de convicción, bajo el entendido que la sentencia se emitió sustentada exclusivamente en prueba de referencia, toda vez que la víctima en ningún momento declaró en el juicio oral.

De acuerdo con el art. 381 del C. de P.P., para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre el delito y la responsabilidad del acusado, fundado en pruebas debatidas en el juicio en desarrollo de los principios de inmediación, contradicción y confrontación.

Si bien en el presente caso no se cuestiona que en la tarde del 20 de septiembre de 2015 Deysi Carolina Chía Lozano recibió heridas que afectaron su integridad personal, no sucede lo propio en relación con la responsabilidad atribuible a Luis Alfredo Camelo Pacheco, pues la única testigo directa del hecho, Deysi Carolina, no depuso en el juicio y los declarantes P.t. Harbey Jessid Rojas Peña, M.D. Pedro Alfonso Dussan, P.t. Fredy Giovanny Cuaji Ramírez y S.I. Javier Adolfo Aparicio, no lo acreditan.

Como lo resolvió el a quo, ninguno de los testigos que acudieron al juicio presenciaron directamente la conducta objeto de juzgamiento, por lo que el Tribunal se vio precisado a construir prueba indiciaria para condenar.

Aun cuando en el sistema procesal colombiano media el método de valoración de la sana crítica y el principio de libertad probatoria; el propio legislador previó una especie de tarifa legal negativa al establecer que no se puede fundar una sentencia exclusivamente en prueba de referencia, conforme lo ha destacado doctrina de la Sala que cita.

Bajo dicho marco, la prueba indirecta emerge insuficiente para vencer la presunción de inocencia de Camelo Pacheco en este caso, pues los testigos no percibieron que éste haya sido el agresor de Daysi Carolina.

Es así que el P.t. Rojas Peña sólo vio a una mujer tendida en el piso herida y que la ciudadanía increpaba a Luis Alfredo Camelo Pacheco por el evento, así como que afirmó que la propia víctima señalaba a éste como el causante de la agresión; a su vez, el Dr. Dussán Rivera, realizó un examen de lesiones con base en la Historia Clínica y sin presencia del examinado; el P.t. Cuaji Ramos no estuvo en el lugar de los hechos; finalmente, al S.I Aparicio entrevistó informalmente a Deysi Carolina, quien le manifestó que estaba conviviendo con el acusado, que incumplió la cita para el reconocimiento de medicina legal y le dijo que no podía salir de la casa porque estaba muy nerviosa; que el fin de semana el acusado la había agredido y reclamado por remover el caso y que tenía golpes en el cuerpo y en la cara, todo lo cual consta en el informe del 14 de diciembre de 2015.

Pero nada consta a tales testigos sobre los hechos de este caso y menos respecto de en quién recae la responsabilidad por los mismos.

Para fijar la trascendencia del reproche, basta recordar que por estricto mandato del art. 381.2 la condena no puede fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia y tal connotación tendrían los dichos que Deysi Carolina hizo por fuera del juicio oral, ante lo cual surge una duda razonable en relación con la responsabilidad, pues no se superó la presunción de inocencia que asiste al procesado.

Con base en lo expresado, solicita se case el fallo y absuelva a Camelo Pacheco.

2. Como ***segundo cargo***, que aduce subsidiario, afirma violación directa por interpretación errónea de los arts. 61.3 y 61.4 del C.P., que llevó al Tribunal a imponer al procesado una sanción muy superior a la que por ley le correspondía.

Está de acuerdo el actor con la tasación de la pena a partir de considerar que el delito imputado contempla una pena entre 250 a 500 meses de prisión, así como que por ser en grado de tentativa oscilaría entre 125 y 234 meses. Sin embargo, pese a partir de 125, considerando los "*profundos contenidos de injusticia y culpabilidad*", o "*que la víctima estuvo cerca de morir*" y "*el acusado mostró desprecio por la vida de su pareja sentimental*", la incrementó en 75 meses.

Para el libelista, el incremento de la pena se hizo con criterios propios de la conducta ya desvalorada y no con criterios normativos, por lo que no se adecuan a los parámetros del art. 61.3 del C.P., todo lo cual hace evidente que la pena se aumentó sin motivación legal, como lo ha destacado jurisprudencia que por estimar pertinente cita.

El error interpretativo es trascendente, pues la sanción mínima se aumentó de manera desproporcionada, cuando

según su concepto la misma debió estar cerca a los 125 meses que corresponde al mínimo legal.

En esta medida, solicita se case el fallo impugnado y se imponga la sanción dentro de parámetros de legalidad.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La intervención del demandante ante esta sede iteró el contenido del libelo invocado, así como los cargos en sustento del mismo propuestos, solicitando a la Corte se case el fallo.

2. A su vez, para el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema, la sentencia impugnada no debe ser casada en relación con el ***primer cargo*** presentado por el defensor del procesado, pues descarta que se haya fundado exclusivamente en prueba de referencia.

Sobre el particular, hace notar que con el testimonio del agente de la policía Harvey Jessid Rojas Peña se conoce que al arribar al lugar de los hechos, la comunidad sostenía a una persona por atribuírsele ser quien lesionó a una mujer que se encontraba tendida en el piso, quien a su vez lo señaló como el agresor. También narró que al ser requisado se encontró en poder de tal persona un bisturí. Por ende, para el Fiscal se trata de un testigo directo de estos hechos, con los cuales se construyeron por el fallo los indicios de presencia y probabilidad de responsabilidad.

Pero el Tribunal también valoró lo depuesto por agente Javier Adolfo Aparicio, quien relató haber buscado por mandato legal a la víctima y al encontrarla ésta manifestarle que convivía con Camelo Pacheco y que se encontraba temerosa, que no podía salir pues aquél la golpeó por haber removido el proceso. Este relato también sirvió al Tribunal para construir los indicios de manifestaciones posteriores, derivadas de las agresiones y amenazas, mismos indicativos de que quien las infiere pudo ser el autor de la herida mortal.

De modo que la responsabilidad del procesado se habría construido con base en pruebas indirecta, indicios, descartándose que se hubiera acudido a la tarifa probatoria negativa y que, entonces, se hubiera condenado con base en prueba de referencia.

Respecto del ***segundo reproche***, encuentra que el mismo está llamado a prosperar, pues el Tribunal anunció que partiría del tope mínimo legal, pero incrementó la sanción en 75 meses más en razón de los "*profundos contenidos de injusticia y culpabilidad*", que hizo recaer en que "*la víctima estuvo a punto de morir*", cuando quiera que se trata de un elemento propio del delito contra la vida tentado que se le atribuyó, así como en que el procesado "*despreció la vida de su pareja*", lo que a su vez responde al delito contra la vida imputado.

En dicha medida solicita se case el fallo e imponga al procesado 125 meses de prisión.

3. Coincidiendo con el Fiscal Delegado, la Procuradora Tercera para la Casación Penal solicita se rechace el primer cargo y conceda el segundo propuesto.

En tal sentido, destaca que de acuerdo con jurisprudencia de la Sala, nada obsta para sustentar una condena en prueba indiciaria y tal y como se ha destacado, en este caso el Tribunal a partir de la diversa prueba testimonial, construyó múltiple prueba indiciaria que sustenta la condena, conforme se deriva de lo depuestos por los policiales Harvey Jessid Rojas Peña y Javier Adolfo Aparicio e intendente Fredy Giovanny Cuaji Ramírez, de donde emerge que no es cierto que, por tanto, la sentencia se hubiera construido exclusivamente con base en prueba de referencia.

Respecto del segundo cargo, coincide la Procuradora con el Fiscal, en que el incremento punitivo de 75 meses no se habría sustentado en criterios objetivos, razón por la cual el mismo no debe admitirse y, por ende, mantenerse la sanción en 125 meses como sanción mínima.

CONSIDERACIONES

Aclaración previa

1. Abordará la Sala el estudio del presente asunto en los aspectos de fondo que sean pertinentes, con prescindencia de aquellos relacionados con la formal idoneidad del libelo, toda vez que en el caso concreto, al declararse ajustada a la ley la demanda propuesta, la intervención de la Corte entraña cumplir con el derecho a impugnar la primera condena (Acto Legislativo n.° 01 de 18 de enero de 2018), pretensión que en términos de la Sentencia SU 488 de 2020, en sede de casación se ampara a plenitud cuando quiera que a través del mismo justamente se posibilita garantizar de manera efectiva el derecho a manifestarse en contra de la decisión única que condena y por ende a la doble conformidad judicial, máxime cuando de este modo se propicia el estudio sin restricciones de la situación problemática subyacente derivada de la declaración de responsabilidad penal del procesado.

2. Los antecedentes de este proceso hacen manifiesta la concurrencia de todos los supuestos para que el estudio del mismo salvaguarde adecuadamente la garantía de doble conformidad judicial, visto que el Tribunal Superior de Bogotá, a través de sentencia del 13 de febrero de 2019, revocó la decisión absolutoria de primer grado emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito, para, en su lugar, condenar a Luis Alfredo Camelo Pacheco por el delito de feminicidio por el que se le habían elevado cargos, lo anterior con mayor razón cuando precisamente la contención jurídica emana de la declaración de responsabilidad penal y la fuente de discrepancia estriba en las pruebas que según el criterio

divergente expresado por la recurrente, no posibilitan arribar a dicha conclusión, máxime cuando el mismo se ha fundado en la afirmación según la cual la sentencia se sustentó exclusivamente en prueba de referencia.

3. En orden a la respuesta que este caso amerita, imprescindiblemente sintetizará la Sala el fundamento de las decisiones de cada instancia, las pruebas que les sirvieron de sustento, el delito de feminicidio y la prueba de referencia, para abordar finalmente el caso concreto.

Fundamento de las decisiones de instancia

4. Previa enunciación del tipo penal contentivo del delito de feminicidio por el que se convocó a juicio a Camelo Pacheco, al ocuparse del caso concreto, encuentra el a quo que la prueba allegada en orden a acreditar "*la materialidad de la conducta endilgada al acusado*", resulta insuficiente, toda vez que los testimonios son únicamente de oídas, pues a ninguno de ellos consta los hechos.

En este sentido, señala que el informe pericial del Médico Pedro Alfonso Dussán da cuenta de algunas conclusiones que están referidas al examen que se practicó a la víctima; a su vez, con el testimonio de Javier Adolfo Aparicio se "*pretendió demostrar el contexto de violencia que vivió la víctima*", pero no le consta ninguno de los actos de violencia.

Sobre esta base y sin otra motivación, concluye que: "*en el caso concreto, se observa una evidente carencia de elementos materiales probatorios que puedan llevar al convencimiento más allá de duda razonable, el cual es producto, en parte, del desinterés de la víctima en las resultas del proceso, dado que, como quedó demostrado, a pesar de los esfuerzos realizados por la Fiscalía, fue imposible dar con su paradero*"; absolviendo así al procesado de los cargos.

5. El criterio divergente del Tribunal, que lo conduce a revocar la decisión de primer grado, se afianza en hallar plenamente reunidos los presupuestos para condenar, acorde con los arts.7, 372 y 381 del C.P.P.

Previo estudio del delito de feminicidio en grado de tentativa que ha sustentado la acusación, así como la glosa de aquellas pruebas practicadas en desarrollo del juicio, observa que los tres testigos que acudieron al mismo y el perito tienen dos calidades: "*son testigos directos de los hechos que les constan directamente, incluida la realización de las afirmaciones incriminatorias hechas por la comunidad y por la víctima en contra del acusado y testigos de referencia en lo que atañe a la credibilidad de estas últimas manifestaciones*".

Recuerda el ad quem que ante el hecho de no permanecer privado de la libertad el procesado y continuar después de los hechos haciendo vida en pareja con su víctima, le impidió acudir a reconocimiento médico legal para

fijar su incapacidad definitiva y tampoco acudió al juicio dado el "*cuadro sistemático de opresión y de violencia a la que había sido sometida*".

Ante tales circunstancias, para el Tribunal el caso puede "*adecuarse al "evento similar" al secuestro o a la desaparición forzada de que trata el artículo 438 del C.P.P., como uno de los supuestos de legitimidad de la prueba de referencia*".

Desde esta perspectiva, cabe afirmar que Camelo Pacheco estaba en el lugar de los hechos en momentos en que sucedieron; no hay duda sobre las heridas que le fueron inferidas a la víctima; tampoco respecto a que miembros de la comunidad lo retuvieron por considerar que era el autor de tales lesiones y se lo manifestaron al testigo Rojas Peña; igualmente, que Deysi Carolina dijo al agente Rojas Peña que había sido agredida por Camelo Pacheco; que en poder de éste, como lo relató el mismo patrullero, se encontró un arma corto-punzante al momento de registrarlo; también por fuera de cualquier duda está que procesado y víctima eran compañeros sentimentales y ello fue constatado por el subintendente Javier Adolfo Aparicio; y, sobre los actos de violencia que el procesado ejerció sobre la víctima también dio cuenta el mismo testigo.

La suma de estos antecedentes, debidamente probados, permiten inferir de acuerdo con reglas de experiencia previamente enunciadas, que: si Camelo Pacheco estaba en

el lugar en que acaecieron los hechos; si las dos heridas causadas a la víctima le fueron propinadas con un arma corto-punzante; si aquél fue señalado por la víctima y la comunidad como el autor de las mismas y se encontró en su poder un arma de esa índole, además de tratarse de su compañero sentimental que le impidió acudir al proceso; todo lo anterior permite concluir, en criterio del Tribunal, en que fue el autor del delito que le fue atribuido.

Ante estas circunstancias y haciendo notar que una cosa es que no exista prueba directa sobre la responsabilidad del procesado y otra muy diferente que no la haya en absoluto; encuentra la sentencia que en este caso no solamente se está en presencia de un acusado que ve a su compañera sentimental como un objeto sobre el cual ejercer derechos de propiedad y disponer, incluso, de su vida, sino que además, ni siquiera pudo acudir al proceso penal, como consecuencia del cuadro de violenta opresión.

Sobre esta base, revocó la absolución, para en su lugar condenar.

Pruebas practicadas en el juicio oral

6. La Fiscalía presentó como testigos en orden a solventar los cargos, los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional Harvey Jessid Rojas Peña y Javier Adolfo Aparicio, del subintendente Fredy Giovanny Cuají Ramírez y del Médico adscrito al INML Pedro Alfonso Dussán.

.- Declaró el Policial Harvey Jessid Rojas Peña (14-08/17, 15:00), que encontrándose apostado en el Barrio el Amparo, recibió comunicación sobre un hecho de sangre y acudió al lugar –"*en menos de 40 segundos*"-, encontrando a una mujer tendida en vía pública que presentaba una herida en el cuello. Observó en dicho momento que la comunidad tenía a un hombre retenido, mismo en relación con el cual la mujer le informó que era quien la había lesionado (señalando Rojas en la vista pública a Camelo Pacheco como esa persona); registró de inmediato al retenido, encontrando en su poder un "*cuchillo-bisturí de color naranja*".

.- Declaró el Dr. Pedro Alfonso Dussán, con quien se introdujo el informe Médico Legal de lesiones personales de Deysi Carolina Chía Lozano, realizado con base en la Historia Clínica –Clínica de Occidente-, por no acudir personalmente la persona lesionada al examen. Encontró, de acuerdo con la misma, dos heridas en el cuello –de 10 y 12 cms-, esencialmente mortales por comprometer la vena yugular externa, mismos que determinaron una incapacidad médico legal provisional de 40 días.

.- El intendente Fredy Giovanny Cuají Ramírez, en su condición de investigador y analista de Policía Judicial, realizó actos urgentes referidos a la consecución de antecedentes y entrevistas, pero no estuvo en el lugar de los hechos, ni tuvo acceso a la víctima por encontrarse hospitalizada.

.- El subintendente Javier Adolfo Aparicio (25-02/2018), recibió la orden de ubicar a Daysi Carolina para efectos de la segunda valoración médica y entrevistarla. Al cumplimiento de la misma, encontrándose en la localidad de Kennedy, el 4 de diciembre de 2015 tuvo contacto con la mujer, explicándole el motivo de su búsqueda. Ella le contó que convivía con Luis Alfredo y dándole su número telefónico, pidió ser llamada el día 10. En tal fecha, si bien no contestó de inmediato, cuando se logró comunicación, manifestó que no atendió por estar en presencia de Camelo Pacheco. Aceptando ir a la segunda valoración el día 14, en tal calenda su teléfono fue atendido por una voz masculina, después de lo cual ella lo llamó y expresó que no podía salir, que ese fin de semana había sido agredida en la cara y cuello nuevamente por su pareja. No se logró nuevo contacto con la mujer, ni su localización.

Antes de desistir del testimonio de Deysi Carolina Chía Lozano, la Fiscalía puso de presente que se habían agotado todos los esfuerzos para su ubicación, como se hace constar en sendos informes de investigadores de campo de noviembre de 2017 y abril y mayo de 2018. También que se consultó el Sistema Público SPOA, constándose que la referida mujer interpuso nueva denuncia por violencia en su contra, oportunidad en la cual ante la Comisaría de Familia hizo constar una nueva dirección en la cual tampoco pudo ser ubicada.

El delito de feminicidio

7. El primer instrumento internacional que abordó de manera amplia y explícita el tema relacionado con la violencia de género, tiene como antecedente la *"Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer"* aprobada en su Convención de 20 de diciembre de 1993 por la Organización de Naciones Unidas.

Sustrato de dicha Declaración se exaltó enmarcado en la necesidad de contribuir a eliminar todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, dado que su existencia constituye un obstáculo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz; recomendando en aplicación de sus postulados, la implementación de medidas encaminadas a combatir dicha violencia, bajo el entendido que el exabrupto de violencia contra la mujer configura una forma de violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que le impide el real ejercicio de sus derechos, cuyo raigambre histórico de trato desigualitario ha conducido a su dominación y a la relegación y subordinación en su contra por parte del hombre, lo cual restringe o decididamente impide, lograr su igualdad jurídica, social, política y económica en la sociedad, a través de actos de violencia continua y endémica.

Precisamente, la solemne proclamación insta a sumar esfuerzos en todos los órdenes de las actividades de las

sociedades del mundo, a fin de que la Declaración sea conocida, implementada y respetada por todos.

8. Emanación de estas expresiones universales orientadas a solventar eficazmente sus principios ecuménicos en torno al respecto de sus postulados y la eliminación de toda forma de violencia y supeditación de la mujer, son los diversos instrumentos que la desarrollaron y complementaron, tales como la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, en donde se identificaron medidas concretas que debían adoptar los gobiernos para prevenir la violencia contra las mujeres, o el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul 2011), entre muchos otros.

9. En la normativa interna, son profusas las Leyes que se han expedido en orden a ampliar ese ámbito protector, como de ello dan cuenta, entre otras muchas la Ley 51 de 1981 por la cual se aprueba la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada por las Naciones Unidas; Ley 248 de 1995 por la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; Ley 1142 de 2007 por medio de la cual se aumenta la pena para el delito de violencia intrafamiliar; Ley 1236 de 2008, por medio de la cual se aumentan las penas para las conductas de violencia sexual; Ley 1257 de 2008, marco general de garantías a las mujeres para una vida libre de

violencia; Ley 1761 de 2015 por medio de la cual se tipifica como delito el feminicidio y Ley 1773 de 2016 por medio de la cual se crea el delito de ataque con agentes químicos.

10. Así entonces, el delito de feminicidio adquirió su configuración típica autónoma entre nosotros a partir del 6 de julio de 2015. El art.104ª del C.P. que lo tipificó, señala:

> "*ARTÍCULO 104A. FEMINICIDIO. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.*
>
> *a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.*
>
> *b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.*
>
> *c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.*
>
> *d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.*
>
> *e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.*

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

11. Por los antecedentes legislativos que compendian aquellos instrumentos internacionales orientados a la protección de la mujer y su tipología originaria, la especificidad de esta delincuencia impone como marco general de aplicación, que la conducta que lo constituye emerja como expresión cultural y social de desigualdad e inequidad, que sitúe a las mujeres en un estado de subordinación, marginalidad y riesgo tales que, en la manifestación más extrema de ese sometimiento son incluso privadas de su vida.

De ahí que en el feminicidio, la finalidad del atentado a la integridad de la mujer, expresa ese control que ha ejercido el hombre sobre el género femenino radicalizado en la vulneración de su integridad física.

En dicho orden, para que la muerte de una mujer sea considerada feminicidio y no delito común de homicidio con esta clase de sujeto pasivo, se exige un elemento motivacional de acuerdo con el cual el atentado contra su vida está determinado "*por su condición de ser mujer*", o, *"por motivos de su identidad de género",* pero también, cuando quiera que hayan concurrido o antecedido cualquiera de los seis supuestos señalados en el precepto que configura este delito.

12. Bien fue advertido por la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2016 –cuyo objeto de análisis fue este delito en tanto se demandó su inconstitucionalidad por encontrarse que el modelo de conducta ya estaba tipificado y algunas de sus agravantes también-, que al elemento subjetivo del tipo no se le puede dar un alcance restringido, circunscrito por el desprecio y odio que ostente el agente hacia todas las mujeres. Ámbito general que si bien sería el más representativo de esta clase de atentados, también se está incurso en este delito cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra en un contexto de dominación y su causa está asociada a su instrumentalización y discriminación.

Por lo demás, reiteró la Corte sobre sus propios antecedentes (C-297 de 2016), a partir de un estudio sistemático y teleológico del tipo penal, que las situaciones a que aluden los diversos literales, son en realidad elementos contextuales que confluyen en la revelación del referido elemento subjetivo, pero no lo reemplazan, de modo que en cada caso debe igual ser claro que en el atentado contra la vida subyace el hecho de estar motivado por su condición de ser mujer o por su identidad de género, de donde, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en esas u otras situaciones.

Prueba de referencia

13. El fundamento por antonomasia del método de juzgamiento acusatorio, está sustentado en el imperativo procesal según el cual todas las pruebas que sirven para adoptar una decisión de fondo, deben practicarse en la audiencia del juicio oral y público, ante el juez que lo preside y estar sujetas a publicidad, confrontación y contradicción de las partes.

Así fue contemplado con carácter normativo superior, en la Reforma Constitucional introducida a través del Acto Legislativo No.3 de 2002, en cuyo art. 2° expresamente se dispuso que el acusado tiene derecho a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio y concentrado.

Además, se ha erigido en base, origen o razón esencial de este sistema de enjuiciamiento penal, al contemplarse por mandato legal en el Estatuto adjetivo, a través de los principios y garantías procesales de contradicción (art.15), inmediación (art.16), concentración (art.17), publicidad (art.18), en correlación con los arts. 377, 378 y 379 del mismo ordenamiento.

14. De ahí que en el juicio únicamente se puede estimar como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, toda vez que es de la esencia para las partes, el derecho a conocer y

controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación.

Orientado en este mismo orden de preservación de tales garantías, así como la prueba debe ser practicada, emanar, surgir o forjarse en desarrollo del juicio oral para materializar dichos principios, cuando quiera que la misma es testimonial, debe cumplir con las reglas generales que para esta clase de elementos de conocimiento exige el Título IV, Capítulo III, arts. 383 y ss. Del C. de P.P., por ende, el testigo está compelido a declarar únicamente sobre aquellos aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar o percibir (art.402).

15. Sin embargo, el legislador de 2004 introdujo en la Ley 906, a través de reglas definidoras de la *prueba de referencia*, la posibilidad de que una declaración anterior al juicio, vertida por un testigo que no está disponible para ser confrontado e interrogado, pueda excepcionalmente ser admitida; restringiendo el poder demostrativo de la misma, al hecho de que no se puede sustentar una condena exclusivamente con base en esta clase de pruebas.

Lo realmente significativo por ministerio de la Ley, es que una sentencia puede tener fundamento, no exclusivo, en prueba de referencia, pues así quedó previsto en el Estatuto procesal. Método de admisión relativa de esta clase de pruebas, que por ende se sitúa metodológicamente entre

aquellos que la admiten sin restricciones y los que la excluyen absolutamente.

El art. 437 a través de un enunciado sobre los fines a que puede servir, procura una definición de la prueba de referencia, en los términos siguientes:

> "*Se considera como pruebas de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio*".

16. Doctrina de la Sala ha precisado que el supuesto concerniente con la admisibilidad de la prueba de referencia, difiere de aquellos en que una declaración anterior puede ser empleada para impugnar la credibilidad de un testigo, o como testimonio adjunto; esto es, aquellos casos en que el testigo concurre al juicio oral, pero presenta una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia, variable excepcional provocada por una situación sobreviniente como lo es el cambio del relato otorgado.

La prueba de referencia, en su lugar, supone la indisponibilidad de la fuente de conocimiento, por ende, está admitida en forma absolutamente excepcional en orden a

preservar las garantías fundamentales concernientes con el debido proceso probatorio, así como por razones derivadas de su poca confiabilidad, toda vez que entraña por los motivos indicados destacados riesgos en el proceso de su valoración.

Pero su admisión dentro del proceso penal hace evidente la necesidad de solucionar situaciones procesales extraordinarias, derivadas de la imposibilidad de comparecencia de los testigos al juicio, cuya peculiaridad impone alternativas de trámite que impidan la propia denegación de la actuación judicial y entonces de la administración de justicia.

17. Por ello y teniendo en cuenta las limitaciones a las garantías fundamentales del proceso probatorio anotadas, la Ley enuncia exaltando el carácter excepcional de la prueba de referencia y los casos que la admiten, así:

> "***Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia.***
>
> *Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*
>
> *a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
>
> *b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

d) Ha fallecido.

e) Adicionado.L.1652/2013, art.3º. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos».

Aun cuando se ha afirmado que la prueba de referencia sólo es admisible en los precisos términos de este precepto, atendiendo a la taxatividad de las causales allí enunciadas que la permiten; es lo cierto que el legislador no elaboró un listado *numerus clausus* de este medio de conocimiento, sino que, por el contrario, asumiendo que la realidad podría ofrecer situaciones análogas que lo justifiquen, como está visto, en el literal b, se prevé viable cuando quiera que el declarante sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada "*o evento similar*"; hipótesis general a partir de la cual la Sala ha entendido desde antiguo (Sentencia 27477 de 2008), que esta remisión analógica alude a situaciones semejantes a las expresamente mencionadas, ya sea por su naturaleza, o porque participan de las particularidades que le son comunes.

A propósito, incluyó a guisa de ejemplo, casos en los cuales el declarante no se halle disponible como testigo y tal indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza

mayor que no puedan ser racionalmente superadas, como consecuencia de su desaparición voluntaria o su imposible localización.

Clarificando que la indisponibilidad del declarante tiene que ver con la finalidad de la regla allí fijada, que está vinculada a casos singularmente excepcionales en los que resulta imposible contar con el testigo en el juicio, de donde la fuerza mayor está relacionada con el carácter insuperable de los motivos que justifican las diversas hipótesis enunciadas expresamente en la norma, emergiendo consecuencialmente entendible que estos casos análogos sean aceptables y derivados en el grado de semejanza con los supuestos previstos como "*evento similar*" en el precepto citado.

Este es el estado actual de la doctrina de la Sala en relación con la prueba de referencia y en particular en lo atinente con los supuestos en que resulta teóricamente admisible, reiterado en las sentencias 36518 de 2013 y 60795 de 2023, entre otras.

Caso concreto

18. A Luis Alfredo Camelo Pacheco se le imputó y por el mismo fue acusado, el delito de feminicidio en grado de tentativa, contemplado por el art.104A del C.P. y art. 104B, literal g, num. 1° (condición de compañero permanente), por hechos acaecidos en horas de la tarde del 20 de septiembre

de 2015, en momentos en que Deysi Carolina Chía Lozano se encontraba departiendo en un establecimiento público destinado al consumo de licor y baile, ubicado en la calle 42 con carrera 84 sur de esta ciudad capital, cuando a tal lugar arribó aquél, con quien mantenía una relación sentimental y de convivencia.

Pasados algunos minutos y después de haber salido el hombre brevemente del sitio, regresó procediendo a atacar a la mujer con un bisturí, infiriéndole varias heridas en el cuello, enseguida de lo cual y al intentar huir fue aprehendido por vecinos y posteriormente entregado a la autoridad. Entre tanto, agentes de la Policía que acudieron de inmediato, al tiempo que aprehendieron al agresor y encontraron en su poder un arma corto punzante (bisturí), trasladaron a la mujer a la Clínica de Occidente en donde se logró salvar su vida.

Revocó la Sala Penal del Tribunal la decisión absolutoria de primer grado, bajo la consideración de que el proceso cuenta con testigos y perito que ostentan dos calidades: testigos directos de algunos de los hechos constitutivos del delito investigado, así como testigos de referencia admisible, en relación con otras manifestaciones.

19. Para la Sala, con las pruebas cuya reseña se hizo en acápite previo, no ha sido materia de controversia alguna el hecho de acuerdo con el cual quien responde al nombre de Deysi Carolina Chía Lozano, fue objeto de un ataque en su

integridad física a la altura del cuello mediante el empleo de un arma corto punzante, infiriéndosele sendas heridas de carácter esencialmente mortal, conforme de ello dio cuenta en desarrollo del juicio oral el médico forense Pedro Alfonso Dussán, con quien se introdujo informe Médico Legal de lesiones personales elaborado con base en la Historia Clínica –Clínica de Occidente-, y que le permitió determinar una incapacidad médico legal provisional de 40 días.

20. De la misma manera, el agente de la policía Harvey Jessid Rojas Peña narró que fue requerido por un hecho de sangre y al acudir de inmediato al lugar, observó a una mujer tendida en vía pública que presentaba una herida en el cuello.

También dijo observar que la comunidad tenía a un hombre retenido a quien se atribuía el hecho, razón por la cual lo sometió a registro, hallando en su poder un "*cuchillo-bisturí de color naranja*".

Pero a estos hechos de los cuales tomó percepción directa, este policial igualmente narró a la justicia hechos sobre los cuales no tuvo directa constatación, como lo fueron aquellos consistentes en hacerle conocer quién fue el causante de la agresión física de que fue víctima Chía Lozano y que le fueron revelados por ésta.

Como se conoce con base en su dicho, dado que su presencia fue inmediata en el sitio de los sucesos, al llegar se

inclinó ante la mujer que yacía en el piso y fue ésta quien le manifestó que su agresor, quien era su compañero sentimental, era precisamente la persona que en este momento se encontraba en poder de la comunidad.

También depuso el subintendente Javier Adolfo Aparicio (26 de febrero de 2018), a quien se había encomendado citar a Daysi Carolina para ser valorada por Medicina Legal. Explicó que cuando la encontró, aquélla le informó que convivía con el acusado –*no se olvide que éste permaneció en libertad después de los hechos, tras declararse la ilegalidad de su liminar aprehensión*-, pero que no podía darle la dirección del domicilio, así que se limitó a suministrarle su número telefónico, mismo al que hubo de llamarla en múltiples oportunidades sin obtener respuesta. Y en solamente una vez en que fue atendido contestarle una voz masculina. Pero fue la mujer quien se comunicó con el gendarme para hacerle saber que por estar en presencia de Luis Alfredo no podía contestarle. Y pese a fijar una fecha para ser llevada a Medicina Legal, no apareció y al llamar al miembro de la autoridad, le confió que estaba muy nerviosa, pues había sido nuevamente agredida en la cara y el cuerpo por su pareja, razón por la cual no acudiría a ninguna cita.

La Fiscalía solicitó oportunamente el testimonio de Deysi Carolina y hasta la sesión del juicio oral del 23 de octubre de 2018, se vio precisada a renunciar al mismo, toda vez que anunció que se habían agotado todos los esfuerzos para su ubicación, sin tener éxito alguno, conforme lo

acreditó, aportando sendos informes de investigadores de campo de noviembre de 2017 y abril y mayo de 2018. Pero de la misma manera, dejó constancia que una vez consultado el Sistema Público SPOA, constató que la referida mujer interpuso nueva denuncia por violencia en su contra, oportunidad en la cual ante la Comisaría de Familia hizo constar una nueva dirección en la cual tampoco fue ubicada.

El Tribunal encontró que lo narrado por los policiales Rojas Peña y Aparicio, configuran uno de los supuestos de legitimidad de la prueba de referencia, revelaciones que sumadas a la demás prueba allegada, constituyen suficiente evidencia para sustentar la decisión condenatoria.

21. Los reparos del actor en casación tienen por exclusivo fundamento, en el ***primer cargo***, que la sentencia impugnada se ha fundado exclusivamente en prueba de referencia.

Para comenzar, no cuestiona el demandante el hecho de que se pueda estar en presencia de prueba de referencia admisible, sino que la condena ha tenido sustento sólo en esta clase de elementos de conocimiento.

Por supuesto, está al margen de cualquier controversia jurídica considerar que dada la excepcionalidad de este caso, se pudieran anteponer objeciones concernientes a la propia incorporación de la declaración previa de Deysi Carolina como prueba de referencia, cuando quiera que la Fiscalía

solicitó entre las pruebas a practicar, precisamente escuchar el testimonio de la víctima de feminicidio, en forma tal que inclusive dejó su relato en último lugar, procurando hacer solubles las dificultades para su localización y presencia en el juicio oral, mismos que como de ello se ha dado cuenta no fue posible superar y sin que en relación con lo depuesto como relato de referencia por el agente Rojas Peña, el defensor del procesado se hubiera opuesto en el juicio por entrañar el mismo tal excepcional naturaleza, con lo que su convalidación, siendo admisible, tampoco admitiría cuestionamiento alguno.

Mucho menos cabe cualquier réplica, si ello supusiera exaltar el procedimiento formulario en que se había convertido la metodológica formalización del proceso probatorio para incorporar el testimonio adjunto –y/o *mutatis mutandi*, la prueba de referencia-, cuando quiera que la postura actual de la jurisprudencia (Sentencia 62852 de 2023) ha clarificado que así formalmente no se haya dispuesto en la oportunidad debida la incorporación de una declaración anterior, nada obsta para que la misma sea valorada –**si emerge admisible**-, siempre y cuando se garantice su contradicción, haciendo de esta manera prevalecer una concepción sustancial de la justicia, sobre una meramente formal, como de ello ya se había ocupado su doctrina en esta materia sentada en la Sentencia 55959 de 2021.

En efecto, la Corte en la decisión 62852, precisó:

"Sin embargo, se debe considerar lo siguiente: la Corte ha privilegiado lo material sobre lo instrumental para evitar que temas formales primen sobre una concepción sustancial de la justicia, en aquellos casos en los que se cumplen en la práctica todas las condiciones para incorporar y valorar como testimonio adjunto declaraciones anteriores entregadas por fuera del juicio oral. En este sentido, por unanimidad, en la SP del 12 de mayo de 2021, rad. 55959[1], la Sala sostuvo que así formalmente la parte no haya solicitado que entrevistas por fuera del juicio se decreten como testimonio adjunto, las declaraciones anteriores se pueden apreciar válidamente, siempre que en el juicio se haya garantizado la contradicción y confrontación de la prueba.

En estricto sentido, en la sentencia indicada se precisó, siguiendo reflexiones de la Corte sobre las formas del debido proceso probatorio, lo siguiente:

"Tiene dilucidado la Sala[2] que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia[3], respectivamente."

A partir de esos elementos de juicio, la Sala señaló que en la incorporación de declaraciones anteriores al juicio de un testigo disponible a manera de testimonio adjunto - categoría de creación jurisprudencial—, se deben cumplir dos condiciones: que se decrete la prueba, para garantizar que la parte pueda oponerse a la misma y que en su práctica se garantice el derecho de contradicción.

---

[1] Para evitar equívocos, en la SP del 27 de oct. de 2021, rad. 58853, se resolvió un caso similar en sentido distinto, pero con la precisión de que se prefirió la nueva versión en el juicio, al no haber incorporado las declaraciones anteriores con la testigo, impidiendo de esa manera la contradicción y confrontación de la prueba.
[2] Cfr. CSJ SP, 14 dic. 2019. Rad. 55651 y CSJ SP, 17 jul. 2017. Rad. 49509, entre otras.
[3] Cfr. CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153 y CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, entre otras.

Pero, así mismo, con total claridad, en una línea que en esta decisión se mantiene, expresó:

"Desde luego, la claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo evita debates como el aquí suscitado, en contra de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, motivo por el cual se impone que la Fiscalía, entre otros sujetos procesales e intervinientes, asuma su rol con la precisión necesaria en orden a solicitar la incorporación de las declaraciones anteriores como testimonio adjunto, una vez cumplidas las demás exigencias para que tengan tal carácter, sin que, desde luego, se trate de una fórmula rigurosamente sacramental, como que en cada caso deberá constatarse si materialmente se trató o no de un testimonio adjunto.
Resta señalar, que las falencias en el cumplimiento de los referidos requisitos deben analizarse a la luz del principio de trascendencia, de tiempo atrás desarrollado por la Corte en el ámbito de las nulidades y en el estudio de la exclusión probatoria, sobre todo cuando se trata de las denominadas pruebas ilegales, en contraposición a las llamadas pruebas ilícitas.

En efecto, la Sala ha precisado que cuando se alega la violación de algún requisito para la obtención o práctica de los medios de convicción, debe analizarse la trascendencia del yerro, en orden a establecer si el mismo es de tal entidad que justifique una decisión tan importante como la exclusión de una prueba pertinente."

El proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de derechos. Como tal, supone el respeto de las garantías debidas a las partes en la aproximación racional a la verdad, cometido que se logra a partir de una comprensión material del debido proceso y de los principios en que se sustenta (artículo 10 de la Ley 906 de 2004).

Bajo ese entendido, las actuaciones procesales, entre ellas la producción de la prueba, deben valorarse bajo los principios de inmediación y contradicción, para no caer en el riesgo de quedar sometido a la dictadura de las formas. O como dice el profesor Taruffo, "no es posible hacer colapsar el razonamiento y reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento que de ella se

deriva. Si así fuera nos encontraríamos de nuevo frente a una concepción meramente procedural de la justicia." [4]

En ese contexto, entonces, como lo decidió la Corte en la sentencia que se comenta, no es que el debido proceso sea un agregado de formas sin contenido, sino que estas deben considerarse en función de las finalidades del proceso penal y de la prueba -la aproximación racional a la verdad— en lo cual se debe garantizar su contradicción y confrontación. No en vano, en la SP del 12 de mayo de 2021, radicado 55959, la Sala fue enfática en determinar que en estos casos en donde la discusión radica en el cumplimiento de requisitos formales, se debe ponderar las finalidades y las formas con base en el principio de trascendencia.

Por consiguiente, únicamente ante manifiestos errores en la producción de la prueba que desquician la estructura conceptual del proceso, de la prueba y sus fines, procede la exclusión del medio".

22. A partir de esta claridad conceptual, para la Sala, lo primero que resulta imperativo es precisamente establecer si en el caso concreto se está en presencia de una de las excepciones que hacen a la prueba de referencia admisible, para enseguida constatar si el argumento del actor relacionado con ser la única que solventa el fallo es real.

En este sentido, como fue advertido, doctrina fijada desde hace más de tres lustros por la Corte, ha señalado que la admisibilidad de la prueba de referencia en relación con supuestos derivados de la cláusula residual incluyente del art.438.b del C. de P.P., relacionada con "*eventos similares*" a los expresamente allí fijados; debe tener como fundamento

[4] *Taruffo Michele, Simplemente la verdad, Ed. Marcial Pons, página 135.*

situaciones especiales de fuerza mayor razonablemente insuperables, como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

En el presente caso está visto que a Deysi Carolina Chía Lozano no fue posible ubicarla para ser citada a declarar al juicio oral y desde un principio prefirió no hacer presencia ante las autoridades judiciales que adelantaban el proceso en el que obraba como víctima, por encontrarse amenazada y sometida a su absoluto dominio físico y emocional por parte de su pareja, en forma tal que ni siquiera se presentó para el reconocimiento para valoración por Medicina Legal; esto último, cuando quiera que no obstante los hechos de este proceso, había continuado la vida en común con su agresor y en la oportunidad en que fue contactada no solamente expresó tener miedo, sino que manifestó haber sido de nuevo agredida e intimidada por Camelo Pacheco, como de ello dio cuenta al subintendente Javier Adolfo Aparicio.

La Fiscalía, conforme fue anotado, antes de desistir de la declaración de la víctima, la buscó con evidente persistencia, dando cuenta de sus infructuosos resultados a la juez de la causa; por manera que no es dable en los supuestos de este asunto atribuirle al ente acusador desidia que pudiera explicar la ausencia de la testigo de cargo.

Por el contrario, en este sentido, su desaparición voluntaria no solamente estaría plenamente determinada,

sino dadas las especiales circunstancias del caso, justificada, como que considerada la naturaleza de los hechos investigados, cuyo antecedente da cuenta del atentado contra la integridad personal de la víctima, nuevos actos de violencia en su contra y las serias y graves amenazas que se le habían hecho, explican con mayor razón su decisión de no declarar (Cfr. Sentencia 30598 de 2009).

Teniendo este caso adecuación en la hipótesis exceptiva residual del art. 438, nada obsta para que la declaración de Deysi Carolina Chía Lozano ingresara como prueba de referencia, a través del testimonio rendido por los policiales Harvey Yessid Rojas Peña y Javier Adolfo Aparicio que, con base en los mismos, logró ser conocido en este caso que quien atentó contra la vida de su pareja fue el procesado Luis Alfredo Camelo Pacheco y de las circunstancias determinantes de la inhibición de la víctima para deponer el el juicio.

Esta postura de la Sala de acuerdo con la cual en contextos de violencia de género se hace indispensable valorar cada caso en orden a fijar la viabilidad que el mismo ofrece para entender que sus declaraciones anteriores sean admisibles como prueba de referencia, así como ya se ha expresado en otras oportunidades en relación con la condición de víctima de la mujer, respecto de la utilización del privilegio contenido en el art. 33 de la Carta Política (Sentencia 50587 de 2020); en cuyos eventos por comprensibles razones se niegan a declarar contra sus

parejas agresoras; no solamente está plenamente justificado en este caso, según queda visto, dada la situación analógica que el mismo tiene con la cláusula general que la comprende como hipótesis o evento similar a los contenidos en la referida norma 438 C.P.P., sino que además, se impone en el alcance legal que corresponde darle frente al texto y teleología de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008 -por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y se introducen reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal-.

En efecto, por el contenido de esta normativa, su cometido es ampliar el ámbito de protección de los derechos de la mujer violentada, en forma tal que además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal (art.7°).

Específicamente, el art. 8° que enuncia los derechos de las víctimas de violencia, expresamente señala:

> *"Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los*

contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a:

…

K) ***A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo****"* (Se resalta y subraya).

23. Despejada así cualquier inquietud en relación con la propia viabilidad de la prueba de referencia en este caso, al propio tiempo y contrariamente a lo afirmado por el impugnante, no corresponde a la realidad procesal y probatoria, que el único elemento de conocimiento en que se ha sustentado la sentencia, radique en dicha prueba y por lo mismo, no es cierto que la sentencia haya quebrantado la prohibición legal de acuerdo con la cual una decisión condenatoria no puede sustentarse exclusivamente en esta clase de fuentes de saber.

El Tribunal deja en claro que a la prueba de referencia en el grado de admisible de que se ha dado cuenta, se suma copiosa prueba indiciaria que ciertamente produce el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado en el delito de feminicidio por el que se le ha juzgado, sobre la base de que el atentado a la vida de Deysi Carolina Chía Lozano exacerba un evidente ciclo de violencia física y psíquica en su contra, como expresión inequívoca de violencia de género propia de esta modalidad delictiva.

Ciertamente, la presencia de Luis Alfredo Camelo Pacheco en el lugar y momento en que sucedieron los acontecimientos de sangre, encuentra fuente indudable de inferencia acerca del hecho según el cual está dentro de lo lógicamente probable que haya sido el ejecutor de la conducta punible.

Y la misma emerge del testimonio rendido por el policía Rojas Peña, quien tan pronto arribó al lugar escena de los hechos -lo que sucedió según su propio relato en menos de un minuto de producirse el llamado a la autoridad-, tomó conocimiento por percepción directa de que Camelo Pacheco estaba inmovilizado por un grupo de ciudadanos, quienes lo sujetaron inmediatamente inferido el ataque letal a la mujer.

A Deysi Carolina se le infirieron sendas y extensas heridas, con afectación de la yugular izquierda, mediante el empleo de un arma corto punzante. El gendarme Rojas Peña, a su vez, sometió a registro a quien la comunidad mantenía cautivo y halló en su poder un bisturí color naranja, prototipo de artefacto de las características idóneas como el que pudo ser el empleado para inferir las lesiones a la mujer.

A través de la declaración del subintendente Aparicio se tiene conocimiento acerca del hecho según el cual, para el momento del suceso criminal y con posterioridad al mismo, víctima y procesado eran compañeros sentimentales y mantenían convivencia juntos. También que aún después de

su acaecimiento, la mujer dio cuenta de persistir actos de extrema violencia física y mental en su contra y de amenazas.

24. La decisión impugnada sintetiza la confluencia y poder derivado de los hechos demostrados, en la construcción de la prueba indiciaria que se suma en la acreditación de la responsabilidad penal del procesado, mismos que la Sala comparte, así:

> *"a. Una persona que está presente en el lugar en el que se cometieron unos hechos penalmente relevantes tiene más posibilidades de estar involucrada en ellos, que otra que no estuvo en ese sitio.*
>
> *b. Una persona que es encontrada en poder de instrumentos similares a aquellos con los cuales se cometieron esos hechos pudo haber estado involucrada en su comisión con más posibilidades, que otra que no sea encontrada en poder de esos elementos.*
>
> *c. Una persona que es señalada por la comunidad y por la víctima como la autora de un delito de sangre inmediatamente después de cometido y que es retenida en razón de ello, tiene más posibilidades de estar implicada en ese delito que otra que no haya sido identificada y retenida como tal, pues la inclinación natural de los sentimientos humanos lleva a señalar como autor o partícipe de un delito a quien de buena fe se considera como tal.*
>
> *d. Una persona que agrede y amenaza a la víctima en razón de la judicialización de que fue objeto por hallarse involucrada en unos hechos de esa índole, pudo haber estado implicada en ellos con más posibilidades, que otra que ni ha sido judicializada ni ha optado por tales amenazas y agresiones.*
>
> *e. Finalmente, una persona que ha desplegado un cuadro sistemático de agresión, intimidación y violencia contra su pareja sentimental, tiene más posibilidades de haber estado involucrada en su feminicidio que otra que sea por completo ajena a un cuadro agresivo de esa índole".*

Por las razones señaladas, el primer cargo postulado contra la sentencia, en coincidencia con el criterio expresado por la Fiscalía y Procuraduría Delegadas ante la Corte, no está llamado a prosperar.

25. El segundo reparo afirma quebranto directo de la ley sustancial, sobre la base de considerar que el Tribunal habría interpretado erróneamente los arts. 61.3 y 4 del C.P., lo que condujo a imponer al procesado una sanción punitiva superior a la que le correspondía.

De antemano observa la Sala, en pensamiento coincidente con el concepto rendido por los Delegados de Fiscalía y Procuraduría dentro del presente trámite, que ciertamente, le asiste razón al recurrente.

Conforme quedó sintetizado, el Tribunal impuso a Luis Alfredo Camelo Pacheco la pena principal de 200 meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de feminicidio, tipificado por el art. 104A del C.P., bajo la siguiente argumentación:

> *"La Fiscalía imputó y acusó por el delito de tentativa de feminicidio con base en dos circunstancias: la convivencia del acusado con la víctima y los antecedentes de violencia. Sin embargo, solo acreditó la primera circunstancia, no así la segunda: estableció que el acusado y la víctima convivían como pareja, pero no que antes de los hechos Deysi Carolina haya sido sometida a actos de esa índole. Si acreditó hechos de este tipo, pero posteriores y no anteriores a esa conducta.*
>
> *Por otra parte, si bien la Fiscalía imputó la circunstancia de agravación consagrada en los artículos 104G y 104.1 del*

C.P., el Tribunal no la puede tener en cuenta, pues infringiría el principio non bis in ídem: la relación existente entre el victimario y la víctima no puede tomarse, al mismo tiempo, como constitutiva del feminicidio y como agravante del mismo.

La pena fijada para el delito de feminicidio oscila entre 250 y 500 meses de prisión y el primer cuarto punitivo va de 250 a 312.5 meses. La pena debe fijarse en este porque la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad. Ahora, como se trata de un delito de tentativa, la pena no debe ser inferior a la mitad del mínimo ni superior a las tres cuartas partes del máximo -125 a 234.3 meses de prisión-

En este punto, el Tribunal partirá del mínimo y en consideración a los profundos contenidos de injusticia y culpabilidad de la conducta –pues la víctima estuvo cerca de morir y el acusado evidenció desprecio por la vida humana de la pareja sentimental-, hará un incremento de 75 meses, para un total de 200 meses de prisión".

Conforme se desprende con toda claridad, a la pena principal de 200 meses de prisión arribó el Tribunal, como efecto de adoptar como parámetro de referencia inicial y dada la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad, la sanción mínima contemplada legalmente (125 meses), atendiendo a los fundamentos legales de los dos primeros incisos del art.61 del C.P., e incrementándola a su vez en 75 meses más, en consideración a dos factores que entendió concurrentes: los profundos contenidos de injusticia y culpabilidad de la conducta, que asumió evidenciados en el desprecio por la vida humana de la pareja por parte del procesado.

Evidentemente, dada la ausencia de argumentos suficientes para motivar el incremento sustentando con base

en el inciso tercero del art.61 en estos términos generales, se echa de menos la ponderación y consiguiente desarrollo de los factores referidos a la "*mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto*"; mismos que se ven reducidos al enunciado referido a los profundos contenidos de injusticia y culpabilidad de la conducta y que, para intentar concretarlos, se reafirma en el hecho según el cual la víctima estuvo cerca de morir, cuando quiera que este indiscutible efecto, ya está tomado en cuenta toda vez que precisamente integra los elementos que configuran el delito de feminicidio en grado de tentativa imputado y que tampoco se aclara, desde luego, con la afirmación según la cual el acusado evidenció desprecio por la vida humana de su pareja sentimental, otra vez, por tratarse del mismo supuesto legal que está implícito en el contenido típico del atentado contra la vida que se le atribuyó y en relación, claro, con quien era su pareja.

Por manera que las razones mencionadas para sustentar el incremento en 75 meses de prisión la pena deducida, así como se muestran genéricas para motivarlo, se valen de circunstancias que a la vez integran la especie delictiva por la cual se le acusó, obrando por ende dos veces con el mismo cometido –con quebranto del non bis in ídem-, al también aducirse para justificar el incremento punitivo.

Por tanto, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada, en orden a que la pena que se impone a Luis Alfredo Camelo Pacheco es de 125 meses de prisión, como responsable del delito de feminicidio por el que fue acusado, este será el mismo quantum de la pena accesoria impuesta en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CASAR parcialmente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de febrero de 2019, para fijar en 125 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a Luis Alfredo Camelo Pacheco, por el delito de feminicidio que le fue imputado.

Segundo. Las demás determinaciones adoptadas en la sentencia permanecen sin modificación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM AVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria