



Bogotá D.C.,

Señores
Magistrados Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Ciudad

Referencia: **Casación 53183**
Delito: **Homicidio agravado en la modalidad de tentativa**
Procesados: **Gerardo Sáenz Correa**
Asunto: **Alegato de no recurrente**

Mediante Resolución nro. 0-002 del 15 de enero de 2021 (que se adjunta), al suscrito le ha sido asignado por el Coordinador de la Unidad, el presente asunto.

Dentro del término otorgado, concurre en mi condición de no recurrente, a presentar la alegación, frente a la demanda de casación y cargos admitidos por esta Corporación, en auto del 25 de septiembre de 2020, presentada por el apoderado de la víctima, señora Rosa Helena Pazcagaza; en contra de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, fechada a 8 de mayo de 2018, por medio de la cual, confirmó el fallo emitido el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Girardot, que condenó a **Gerardo Sáenz Correa**, a la pena principal preacordada de cien (100) meses de prisión, en calidad de cómplice, por el delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, conforme a lo establecido en el artículo 103, 104 numeral 1º y 27 del CP.

Los hechos fueron condensados en la sentencia de segunda instancia, así:

“Siendo las 20:40 horas del 29 de noviembre de 2015, se reporta vía telefónica el cuadrante del Comando de Policía de Anapoima (Cundinamarca) de una riña que se estaba presentando a la altura del inmueble con nomenclatura Carrera 6 No 6ª-10 barrio “King Ranch” de esa localidad, por lo que una patrulla se dirige a ese lugar, y al llegar allí hallan en el suelo a Rosa Helena Pascagaza y Giovanni Alfredo Farfán Pascagaza heridos con arma cortopunzante, informando de este último que la agresión había sido causada por GERARDO SÁENZ CORREA compañero sentimental de su madre Rosa Helena Pascagaza y quien había emprendido la huida. Acto seguido se dispone la persecución policial y se captura en inmediaciones del puente del mismo barrio.



El Instituto Colombiano de Medicina Legal a través de Oficio No. UBRGR-DSC-00165-C-2016 del 28 de enero de 2016 indicó: <<De acuerdo a su solicitud me permito informar que la examinada de no haber recibido atención médica oportuna, dichas lesiones hubiesen podido desencadenar la muerte>>”.

En atención a los cargos admitidos, como prolegómeno de la posición que asumiremos, se indicarán las pautas legales que rigen la figura jurídica de los preacuerdos, para lo cual, se tendrán en cuenta los lineamientos trazados por esta Sala de Casación Penal, en sentencia del 24 de junio de 2020, rad. 52227, y por la Corte Constitucional en el fallo SU479 del 15 de octubre de 2019.

Los preacuerdos, como forma de terminación anticipada del proceso penal, se encuentran consagrados y delimitados legalmente, en los artículos 348 y siguientes del CPP. En esencia, este mecanismo legal, corresponde a la negociación que puede realizar el fiscal y el imputado o acusado, respecto a los cargos y sus consecuencias punitivas, con el ánimo de lograr una solución alternativa; sin embargo, esa facultad de negociación no es ilimitada, sino que obedece a una discrecionalidad reglada, encaminada al cumplimiento de las finalidades determinadas en el artículo 348 citado, y, que a su vez, debe observar la Carta Política, Tratados y convenios ratificados por Colombia, la jurisprudencia, la ley, las directivas de la Fiscalía General de la Nación¹ y las pautas de política criminal, todo, en procura de evitar arbitrariedades y aprestigiar la administración de justicia.

Así, la celebración de preacuerdos se enmarca en las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en particular, lo que conduce a concluir que los fiscales, en desarrollo de su ‘discrecionalidad reglada’, no pueden seleccionar libremente el tipo penal, sino que deben adecuar el acuerdo a los hechos, ontológicamente considerados, así como el grado de participación.

Conforme a los derroteros indicados por esta Sala, cuando se realizan acuerdos que impliquen la modificación de la calificación jurídica, sin variar la premisa fáctica, debe aclararse si esa modificación corresponde a un beneficio proyectado a la reducción de la pena, o si se origina en la necesidad de ajustar el caso a la realidad probatoria; como ocurre, cuando en desarrollo de la

¹ Directiva 001 de 2006, vigente para la época de la actuación procesal.



progresividad que caracteriza la actividad investigativa del ente acusador, se presenta la variación de la hipótesis planteada en la imputación.

De manera, que cuando el acuerdo contempla el cambio de la calificación jurídica, sin base fáctica que así lo amerite, orientado en todo caso a la disminución de la pena, impone a los fiscales la obligación de conceder los beneficios que legalmente correspondan, pero, con sujeción a los principios de discrecionalidad reglada y de proporcionalidad; lo que conlleva a tener en cuenta aspectos como la naturaleza de los cargos imputados, el momento procesal del acuerdo, los bienes jurídicos protegidos, el grado de culpabilidad, el daño causado, las circunstancias de agravación o atenuación existentes, el grado de vulnerabilidad a la víctima, entre otros aspectos; o, en cuanto al procesado, se deberá examinar sus antecedentes judiciales, el arrepentimiento e interés de compensar a la víctima, su actitud en la solución del caso, la cooperación en la investigación, etc.; todo lo anterior, sin perder de vista los límites consagrados en la propia ley, al aplicar beneficios por allanamiento a cargos en las diferentes fases del proceso.

En cuanto a la actuación de los jueces, al verificar la procedencia de los preacuerdos puestos a su consideración, se establece que conjuntamente con el control judicial que es inherente a su investidura, debe ejercer un control constitucional; lo que le impone, además de contrastar los aspectos formales del acuerdo, determinar si el mismo cumple las finalidades previstas en la ley, si respeta las garantías fundamentales a la luz del artículo 351 inciso 4 del CPP y, si se garantizan los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso.

Sobre el cargo por falta de aplicación de la ley 1761 de 2015 que creó el tipo penal de feminicidio.

El demandante propone como primer cargo, la violación directa de la ley sustancial por inaplicación de la ley 1761 de 2015, la cual se encontraba vigente, antes de la ocurrencia de los hechos investigados que datan del 30 de noviembre de 2015 (aquella entró a regir el 6 de julio de 2015; es decir aproximadamente 5 meses antes); en tanto, el fiscal de conocimiento formuló imputación por el delito de homicidio agravado y no por feminicidio.



Debido a la importancia que tiene en el asunto analizado, el factor cronológico, enlistaremos los aspectos primordiales que caracterizaron el devenir procesal:

(i) La ley 1761 de 2015, entró a regir el día de su promulgación, esto es, el día 6 de julio de 2015 y, acorde a su artículo 13, derogó el numeral 11 del artículo 104 del CP, así como las demás disposiciones que resultaran contrarias.

(ii) Los hechos tuvieron ocurrencia el día 29 de noviembre de 2015, cuando el procesado **Gerardo Sáenz Correa**, agredió con arma cortopunzante a su compañera sentimental Rosa Elena Pazcagaza y al hijo de ella, Giovanni Alfredo Farfán Pascagaza. En la misma fecha, se produjo la captura de **Sáenz Correa**, en situación de flagrancia.

(iii) El 30 de noviembre de 2015, ante el juez Promiscuo Municipal de Anapoima, con función de control de garantías, se llevó a cabo la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento en centro carcelario, contra **Gerardo Saenz Correa**, como presunto responsable del delito de Homicidio Agravado, en la modalidad de tentativa, conforme a los artículos 27, 103 y 104 numerales 1 y 11, del CP; cargo que no fue aceptado por el imputado; en esta forma, al imputado se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

(iv) El 21 de enero de 2016, la Fiscalía Seccional de La Mesa (Cund.), presentó escrito de acusación en contra de **Sáenz Correa**, como autor del delito de Homicidio Agravado, por las dos circunstancias objeto de imputación, en la modalidad de tentativa.

(v) El día 17 de agosto de 2016, se efectuó la audiencia de acusación, por el delito de homicidio agravado (numeral 1º del artículo 104 CP), en la modalidad de tentativa; oportunidad, en la que el representante de la Fiscalía, con posterioridad a la observación que en tal sentido efectuó el juez de la causa, retiró la causal específica de agravación del numeral 11 del artículo 104 del CP, referida a: "*Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer*", bajo el argumento de que dicha circunstancia fue derogada por la ley 1761 de



2015, y consagrada por el legislador, como delito autónomo, constitutivo de feminicidio; sin que se hiciera alguna referencia a la ocurrencia de este último.

(vi) Encontrándose fijada la fecha del 22 de noviembre de 2016, para llevar a cabo la audiencia preparatoria, se solicitó la variación de la misma, para sustentar el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el procesado, con conocimiento de la víctima, pero sin su anuencia.

El acuerdo consistió, de conformidad al acta² suscrita para tal efecto, en que el procesado **Gerardo Sáenz Correa** aceptaba su responsabilidad a título de autor del delito de homicidio agravado, conforme a los artículos 103 y 104, numeral 1º, en grado de tentativa, lo que daría una pena inicial que oscilaría entre cuatrocientos (400) meses a seiscientos (600) meses de prisión, que se disminuiría por el dispositivo amplificador a una pena de entre doscientos (200) a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión; sin embargo, a continuación se indicó en el preacuerdo:

“A cambio la Defensa y la Fiscalía acuerdan:

1. Cambiar la participación del acusado Gerardo Sáenz Correa, en la conducta punible endilgada, de autor a **cómplice**,...” (negrillas del texto)

Así, se pactó el cambio del grado de participación del procesado en el hecho, de autor a cómplice, y la imposición de una pena definitiva de cien (100) meses de prisión; cifra que resulta de dividir el mínimo de la pena señalada previamente, en la mitad, acorde a lo enunciado en el artículo 30-3 del CP, ‘como único beneficio concedido’.

(vii) El 29 de marzo de 2017, el Juzgado segundo Penal del Circuito de Girardot, con funciones de conocimiento, emitió sentencia condenatoria en contra de **Gerardo Sáenz Correa**, a la pena preacordada de prisión de cien (100) meses, en calidad de cómplice penalmente responsable del delito de homicidio agravado, en la modalidad de tentativa, previsto en el artículo 103, 104 numeral 1 y 27 del CP; se le impuso como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual a la

² Acta de preacuerdo suscrita el 18 de noviembre de 2016.



pena principal, y declaró que no es acreedor del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la detención domiciliaria.

(viii) El día 8 de mayo de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, desató el recurso de apelación presentado por el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia condenatoria de primer grado, y la confirmó en su integridad. El recurrente argumentó en el recurso de alzada que, la fiscalía no tenía razones para retirar el agravante del numeral 11 del artículo 104 del CP, ya que esa circunstancia fue consagrada por la ley 1761 como feminicidio; que los beneficios por confesión se pierden a medida que el proceso avanza y por tanto, al suscribir el preacuerdo, se desconoció el hecho de que el imputado fue capturado en flagrancia y que ya se había efectuado la acusación; por, tanto, solicitó la redosificación punitiva a 324 meses de prisión.

De lo dicho y frente a lo registrado, de conformidad a la línea de tiempo reseñada, la Ley, y atendiendo el devenir de los hechos investigados, se colige lo que sigue.

1. En lo relacionado con la circunstancia de agravación que, en primer término, fue objeto de imputación por parte de la fiscalía, referida al numeral 11 del artículo 104 del CP (*"Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer"*), se tiene que, al examinar el conjunto de las diligencias adelantadas con anterioridad al preacuerdo, en las que intervino la fiscalía como titular de la acción penal, valga decir, el acta de la audiencia de formulación de imputación³, el escrito de acusación, su posterior adición y el contenido de la audiencia de acusación, no se advierten elementos probatorios que permitan dar por acreditada la concurrencia de esta circunstancia de agravación, independientemente de que exista; por ende, tampoco al estructuración del tipo penal de feminicidio alegado por el recurrente. A esta conclusión se arriba, atendiendo los derroteros demarcados por esta Corporación⁴, cuando señaló que no es suficiente con determinar que una mujer fue víctima del delito, para dar por establecida la existencia de la tipicidad o en nuestro caso de la agravante en comento, pues las exigencias del delito de género, exige dar por

³ Se analizó el contenido del acta de imputación, toda vez que el audio de la audiencia de imputación facilitado a este Despacho, resultó inaudible.

⁴ Sentencia del 1º de octubre de 2019, radicado nro. 52394.



demostrado que el mismo se presentó en un marco caracterizado por la discriminación, dominación o subyugación de la mujer; es decir, por ser mujer.

Por tanto, cuando el representante de la Fiscalía retiró de la acusación la referida causal de agravación, consecuencia de la observación realizada por el juez de conocimiento, no se puede decir que hubo quebrantamiento del principio de legalidad, del debido proceso, o los principios de verdad y justicia que le asisten a la víctima; toda vez que, materialmente, la conducta quedo debidamente tipificada en el delito de homicidio agravado (numeral 1º del artículo 104 del CP), en la modalidad de tentativa; y aunque la jurisprudencia señala que en estos casos, se debe expresar la razón (cual sería la de que no se tenían elemento de juicio para hablar de que el hecho se sucedió por ser mujer la víctima), lo cierto es que no se encontraron estos ingredientes objetivos, en tanto solos e habla de una riña, y el ataque por ser mujer no pude suponerse, sino que debe estar objetiva y probatoriamente presente.

Esta situación, conduce que colegir conforme al razonamiento expresado, que los argumentos expuestos por el censor, frente a este punto, no se encuentran llamados a prosperar.

2. En lo que respecta al segundo cargo formulado por el recurrente, referido a la *"aplicación errónea del agravante del artículo 104, numeral 11, del CP"*, por tratarse de un tema contenido y analizado en el punto antecedente no realizaremos pronunciamiento adicional.

3. En relación con el tema expuesto, aunque tangencialmente por el opugnante, en el cargo número *"cuatro"*, cuando se refiere a falta de aplicación del artículo 29 del CP, si resulta a nuestro juicio, indispensable indicar que, el preacuerdo estudiado desconoció los principios de discrecionalidad reglada y proporcionalidad, que debieron prevalecer en la negociación, dando lugar a que el monto punitivo se fijara en cien (100) meses de prisión; actuación que permitió, dejar de lado, sin ninguna justificación posible, los límites existentes en la codificación adjetiva, como: (i) la captura en flagrancia⁵ del procesado,

⁵ Parágrafo del artículo 301 del CPP. 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.



y (ii) la etapa en que se llevó a cabo el preacuerdo⁶; todo lo cual conduce a irregularidades sustanciales que informan el debido proceso y vulneran el principio de legalidad.

4. Nótese que según lo anotado, en todo caso, existió un doble beneficio para el procesado en esta negociación, ya que no solo se degradó la conducta a título de cómplice (lo que ya veremos no es jurídicamente posible), sino que al fijar el monto punitivo, se aplicó indebidamente el límite máximo determinado en el inciso 3º del artículo 30 del CP, esto es, la mitad; cuando la norma señala que el descuento parte de una sexta parte, sin que exista justificación para proceder como se hizo en este caso.

Lo anterior permitió, que el beneficio concedido por vía del preacuerdo, fuera desproporcionado, cuando el que conforme a la postura de esta Sala, debido a la situación de flagrancia, y la etapa procesal en que se produjo, debió fluctuar entre el 25 y 32% y no ser del 50%.

Esta dosificación es inadecuada, si se tiene presente que la pena básica para iniciar la negociación se encontraba fijada entre los cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, contemplados para el homicidio agravado, disminuidos en la proporción establecida en el artículo 27 del CP, para los casos de tentativa; marco dentro del cual, el Fiscal en el acuerdo, le concedió el máximo del descuento previsto en esta norma, es decir, la mitad; lo que condujo a que la base punitiva se fijara en doscientos (200) meses. Por tanto, en aplicación de la degradación reconocida por concepto de la complicidad, se le reconoció un 50%, fijando la pena final en 100 meses de prisión, sin tener en cuenta los límites de proporcionalidad y legalidad señalados.

5. Pero tal vez lo determinante, es que las instancias, sin base fáctica, condenaron al señor **Gerardo Sáenz Correa**, no como autor del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, de conformidad a los artículos 103, 104 numeral 1º y 27 del CP, lo que fácticamente es evidente, sino como cómplice de dicho comportamiento, que era el comportamiento degradado para efectos punitivos, pero que de ninguna manera era posible

⁶ El preacuerdo se presentó con posterioridad a la audiencia de acusación, evento bajo el cual la pena imponible se reducirá en 1/3 parte, de conformidad al artículo 352 del CP.



desconocer la realidad fenomenológicamente considerada, pues una cosa es condenar por el delito correspondiente y solo para efectos punitivos darle un tratamiento de cómplice si ello fuere viable, con las limitantes señaladas por la jurisprudencia de esta Sala, y otra condenar como cómplice, cuando esto no es fácticamente dable.

De otro lado, indicó el Tribunal, que la Fiscalía como titular de la acción penal, podía definir la conducta objeto de imputación y en ese sentido, el juez de conocimiento se encuentra obligado a aceptar el acuerdo, salvo el desconocimiento de las garantías fundamentales; motivo por el cual, el funcionario de instancia se vio impedido para analizar el acuerdo a la luz de la causal de agravación punitiva del numeral 11 del artículo 104 del CP, por cuanto fue retirada durante la audiencia de acusación por el fiscal que intervino en la misma; sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con la aceptación del preacuerdo que concedió un doble beneficio al procesado, al degradar la intervención del acusado de autor a cómplice, sin base factual, y, por demás, se le otorgó el máximo de la disminución contemplada en la norma, sin tener presente las dos circunstancias reseñadas.

Conforme a lo descrito, se establece que el preacuerdo realizado, y la sentencia de segundo grado para lo que interesa a esta intervención, que avaló la condena de **Gerardo Sáenz Correa**, en las condiciones descritas, resultan contrarios al ordenamiento constitucional y legal, por quebrantamiento a los principios de legalidad, los derechos a la verdad y justicia que le asiste a la víctima y el aprestigiamiento de la administración de justicia; razón para solicitar que si ha bien lo tiene la Sala, case la sentencia impugnada, dejando sin efecto las actuaciones contrarias al ordenamiento penal y, en su lugar, proceder a declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primer grado que avaló el preacuerdo ilegal, inclusive; desde donde se deberá, si a esa conclusión se arriba, presentar el preacuerdo debidamente ajustado a la línea jurisprudencial y la ley que rige la materia, ante el juez de conocimiento o, caso contrario, proseguir con la audiencia preparatoria.

Se considera la procedencia de declarar la nulidad invocada, habida cuenta que, resultaría improcedente la emisión de un fallo de reemplazo, toda vez que las sentencias analizadas se originaron en un preacuerdo, y el procesado



y su defensor, bajo los estándares enunciados, podrían tener reservas para mantener la negociación.

Finalmente se indica, que en este caso concurren los principios que rigen las nulidades, a saber: i) taxatividad, en virtud de lo señalado en los artículos 457 y 458 del CPP, resultado de la violación de garantías fundamentales; ii) trascendencia, toda vez que, además del menoscabo de los principios de legalidad y el debido proceso, ello significó la vulneración a los derechos que le asisten a la víctima; iii) convalidación, si se tiene presente que la actuación procesal, desde la realización del preacuerdo, nunca tuvo la anuencia de la víctima y lo relativo a la legalidad, difícilmente podría serlo; iv) instrumentalidad de las formas, ya que si bien es cierto, la actuación culminó con sentencia condenatoria, la misma se fundamentó en el desconocimiento de los derechos y garantías citadas, y los beneficios concedidos desbordaron los límites legales existentes, generando una impunidad parcial; v) acreditación, como aspecto que encuentra sustento en la calidad demostrada por el censor, como apoderado de la víctima, quien en la demanda invoca las situaciones que consideró irregulares en el proceso penal; vi) protección, bajo el entendido que la víctima no ha coadyuvado la ejecución de los actos irregulares; y vii) residualidad, que resulta evidente, ante la imposibilidad de subsanar las actuaciones irregulares, mediante otro acto que no pueda resultar lesivo para los demás sujetos procesales.

Con el respeto de siempre, pido que se case la sentencia recurrida y decrete la nulidad conforme a lo considerado, si ese fuere el parecer de la Sala.

Julio Ospina Gutiérrez
Fiscal Once Delegado ante la Corte