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

**TEMAS: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL AGRAVADO / VÍCTIMA: HIJA DE LA CONDENADA / AGRAVACIÓN PUNITIVA DEL ARTÍCULO 200 DE LA LEY 1098 DE 2006 / APLICA SOLO PARA LESIONES PERSONALES / PRUEBA INDICIARIA / REQUISITOS PARA FUNDAR POR SÍ SOLA UNA SENTENCIA CONDENATORIA / CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO / DEBE DESCARTARSE EL DOLO AL NO PODERSE PROBAR LA CAUSA DE LA MUERTE.**

… en lo que atañe con la polémica planteada por el recurrente referente a la falta de aplicación de las disposiciones consagradas en el artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006, las cuales consagran unas circunstancias específicas de agravación punitiva cuando las víctimas son «niños y niñas menores de catorce años», la Sala dirá que no existía ninguna que justificara el surgimiento de dicha controversia, por la sencilla razón consistente en que esa norma no es aplicable al delito de homicidio sino al delito de lesiones personales, ya que si hacemos un análisis del contenido de la misma, de bulto se desprende que el aludido artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006 modificó el artículo 119 del C.P., el cual a su vez se encuentra dentro del capítulo 3º del Título I del Libro 2º del Código Penal, el que está relacionado única y exclusivamente con el delito de lesiones personales. (…)

Es un hecho cierto, como lo reclama el recurrente, el consistente en que en el proceso no existe prueba directa alguna que demuestre que la Procesada MPML haya sido la persona que de manera infame le segó la vida a su hija HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, ya que ninguna de las personas que acudieron al proceso en calidad de testigos en declaró haber presenciado o darse cuenta de ese horrendo evento.

Pero de igual manera, contrario a lo reclamado por el apelante, la Sala no puede ignorar que en el proceso existía un cúmulo de indicios contingentes, que de manera indirecta demostraban el compromiso penal endilgado en contra de la Procesada MPML como la persona que de manera desalmada mató a su menor hija, con los cuales válidamente se podía edificar una sentencia condenatoria, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“La prueba indiciaria sí puede fundar una sentencia cuando en forma univoca y contundente señala la responsabilidad del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio…”.

… el apelante denunció la ocurrencia de un error acaecido en la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, los cuales en su opinión no se adecúan en el delito de homicidio agravado sino en el reato de homicidio preterintencional.

Según afirma el recurrente, dicho yerro tiene su fuente en una indebida apreciación del acervo probatorio, el cual era claro en demostrar que la Procesada en momento alguno procedió con el dolo que es propio del delito de homicidio, ya que cuando agredió físicamente a su menor hija, no lo hizo con el propósito de atentar en contra de su vida sino con la intención castigarla por la pérdida de la tarjeta sim card. (…)

… acorde con la definición que del delito preterintencional, como elemento del tipo subjetivo, como lo consagra el artículo 24 C.P., se entiende que dicha modalidad delictiva se presenta en aquellos eventos en los cuales el «resultado, siendo previsible, excede la intención del agente». (…)

… ante la falencia de las pruebas periciales que demuestren la causa de la muerte de la víctima, y acudiendo a lo que demuestran las pruebas indiciarias, la Sala es de la opinión que cuando la Procesada reprendió con esos salvajes castigos físicos a su hija en momento alguno actuó con el propósito o la intención de pretender atentar en contra de su existencia, pero como consecuencia de la manera tan bestial como la amonestaba al parecer «se le fue la mano», lo que generó un resultado, que pese a ser previsible, nunca jamás fue querido ni deseado por la acusada como lo fue el trágico deceso de su descendiente.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, ya que en el subexamine se cumple con cada uno de los aludidos requisitos para considerar que la conducta enrostrada a la Procesada se adecuaba típicamente en el delito de homicidio preterintencional agravado…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 625 del 11 de julio de 2019. H: 02:56 p.m.

Pereira, doce (12) de Julio de dos mil diecinueve (2.019)

Hora: 08: 20 a.m.

Procesada: MPML

Delito: Homicidio agravado

Rad. # 66400318900120140007801

Asunto: Desata sendos recursos de apelación interpuestos por la Defensa y el apoderado de las víctimas en contra de sentencia condenatoria

Procedencia: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia

Tema: Elementos del delito preterintencional y dosificación punitiva

Decisión: Modifica fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a resolver los sendos recursos de alzada interpuestos tanto por la Defensa como por el apoderado de las víctimas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia en las calendas del 1º de junio del 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal de la Procesada MPML, por haber incurrido en la comisión del delito de homicidio agravado.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura ocurrieron en el municipio de La Virginia, y están relacionados con el asesinato de la menor HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ[[1]](#footnote-1) de once años de edad, cuyo cuerpo sin vida, el cual se encontraba en estado de descomposición y parcialmente devorado por las aves de rapiña y por los demás animales carroñeros, fue hallado en horas de la mañana del 4 de enero del 2.014 en un caño de aguas pluviales ubicado en una zona despoblada de cañaduzales que queda en inmediaciones del barrio *“Expansión Norte”*.

Según se adujo en el escrito de acusación, la Sra. MPML, madre de la menor HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, había denunciado ante las autoridades pertinentes la desaparición de su hija, la cual tuvo lugar más o menos a eso de las 17:40 horas del 31 de diciembre del 2.013 en el barrio Bavaria, lo que sucedió a partir del momento en el que la joven, por órdenes de su madre salió del inmueble en donde residía, o sea el ubicado en la Cr. 6 # 5-49, en búsqueda de unas tarjetas *sim card* que se le habían perdido, sin que regresara a su domicilio ni se supiera desde ese entonces de su paradero.

De igual manera, en el libelo acusatorio se aseveró que como consecuencia de las indagaciones y pesquisas adelantadas por la Policía Judicial, se pudo averiguar que la desaparición de la niña HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ resultó ser una aviesa patraña fraguada por la Sra. MPML para encubrir el asesinato de su hija, el cual ocurrió, en horas de la noche del 31 de diciembre del 2.013, como consecuencia de una brutal golpiza que MPML le infligió a su menor hija como castigo por haber perdido una tarjeta *sim card* que era utilizada por la Sra. MPML para la venta de minutos de la telefonía móvil celular.

Ante tal situación, la Fiscalía acudió a un Juzgado con funciones de control de garantías para que se librara una orden de captura en contra de la Sra. MPML con la finalidad de garantizar su comparecencia al proceso, la cual se hizo efectiva el día 11 de marzo de 2.014.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de La Virginia el día 12 de marzo de 2.014, se llevaron a cabo las audiencias preliminares en las cuales: a) Se le impartió legalidad a la captura de la Sra. MPML; b) A la entonces indiciada se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de homicidio agravado, tipificado en el # 1º del articulo 104 C.P.; c) A la Procesada se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 8 de mayo del 2.014, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, ante el cual, en las calendas del 5 de junio de esa anualidad, se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a la Procesada MPML por incurrir en la presunta comisión del delito de homicidio agravado tipificado en el # 1º del articulo 104 C.P.
3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 20 de octubre de 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral aconteció en sesiones celebradas los días 20 de enero, y del 13 al 16 de abril de 2.015. Posteriormente el 20 de abril de esas calendas se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio.
4. La sentencia condenatoria se profirió el 1º de junio del 2.015, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna tanto la Defensa como por el apoderado de las víctimas.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del 1º de junio del 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal de la Procesada MPML, por haber incurrido en la comisión del delito de homicidio agravado, quien en consecuencia fue condenada a purgar una pena de 400 meses de prisión, que equivaldrían a 33 años y 4 meses de prisión.

Los argumentos invocados por el Juzgado *A quo* para declarar el compromiso penal enrostrado a la Procesada MPML, básicamente fueron los siguientes:

* Con las estipulaciones probatorias se demostró el deceso violento de la menor HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, cuyo cuerpo fue encontrado en estado de descomposición en un caño de aguas lluvias.
* La causa de la muerte de la menor se debió a una fuerte golpiza que le infligieron, como bien se desprende del contenido del protocolo de necropsia, en el cual se consignó que la óbito presentaba en su humanidad golpes en las costillas y un trauma en la región pectoral, lo que a su vez abonaba lo dicho por una hermanita de la difunta de 3 años de edad, de nombre JERY VALENTINA AGUDELO, quien expuso haber visto cuando la Procesada golpeaba a la víctima por el cuerpo y la cabeza con un televisor.
* Se estaba en presencia de un delito doloso, porque de acuerdo con el protocolo de necropsia, la asfixia mecánica fue una de las posibles causas de la muerte, lo que indicaba que la Procesada de manera consciente y voluntaria le ocasionó la muerte a su descendiente con sus propias manos cuando procedió a asfixiarla durante la golpiza que le propinó.
* En el proceso existía un cúmulo de indicios que comprometían seriamente a la Procesada MPML, como la autora del delito por el cual fue llamada a juicio por el Ente Acusador, entre los cuales descollaban:
* Unos indicios de responsabilidad criminal que afloraban de: I. El informe de las cámaras de vigilancia presentados por JOHN EDWIN MARÍN, que demostraban que el 31 de diciembre del 2.013 la Procesada detentaba una especie de dominio sobre la víctima, la cual fue vista: a) A eso de las 05:17:21 horas en la estación de servicio *“Brío”* ubicada en la Cr. 8ª con Cll. 7ª, cuando se movilizaba en una bicicleta; b) A las 18:04:22 horas frente al bar *“La Sombra”*, cuando se desplazaba con destino hacia su domicilio; II. Lo atestado por HÉCTOR JAVIER BETANCUR, quien expuso que entre las 19:00 y las 19:30 horas 31 de diciembre del 2.013 vio por la calle a la Procesada en compañía de su hija.
* Un indicio del móvil del delito, el cual estaba relacionado con la perdida de una tarjeta *sim card*, como bien se desprende de lo atestado por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ, quien expuso que a eso de las 17:40 horas del 31 de diciembre del 2.013, desde el interior de la habitación ocupada por la Procesada y sus hijas, oyó llorar a la menor HEIDI YULIANA RESTREPO, mientras que su madre le recriminaba por la pérdida de una tarjeta *sim card*, lo cual a su vez es corroborado por las atestaciones de la hermanita de la difunta, JERY VALENTINA AGUDELO.
* Un indicio de responsabilidad criminal, el cual tenía que ver con el hallazgo de un colchón en el lugar en donde fue encontrado el cadáver de la menor HEIDI YULIANA RESTREPO. A lo que se le debe aunar los testimonios rendidos por los Sres. JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ; HÉCTOR JAVIER BETANCUR y ERNESTO OCHOA, de cuyas atestaciones se desprende que el colchón encontrado en el sitio de los hechos era de propiedad de la víctima, porque el mismo era producto de un regalo efectuado por su padre. Además los testigos expusieron que esa noche del 31 de diciembre del 2.013: a) Vieron el momento en el que la Procesada sacaba de su casa una colchoneta enrollada, la cual subió a un carro; b) La Procesada fue vista en un vehículo en compañía de otro fulano, en inmediaciones del caño en donde posteriormente se encontró en cadáver de la menor desaparecida.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la dosificación de las penas, el Juzgado de primer nivel no accedió a la petición deprecada por el Ente Acusador en el sentido que se debía duplicar el *quantum* de las penas a imponer a la Procesada, acorde con lo preceptuado por el artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006, por tratarse la víctima de una menor de 14 años.

Tal negativa se debió a que en opinión del Juzgado *A quo,* dicha norma no era aplicable en el presente asunto debido a que la misma había sido derogada por la Ley # 1.257 de 2.008, la cual además de ser posterior era más favorable para los intereses de la acusada.

Asimismo, en la fase de dosificación punitiva el Juzgado de 1ª instancia hizo uso del sistema de cuartos, respecto del cual procedió a aplicar el primer cuarto de punibilidad, del que escogió la pena mínima, o sea la de 400 meses de prisión.

**LAS ALZADAS:**

**1) El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas.**

La inconformidad expresada por el apelante en contra de lo resuelto y decidido en el fallo confutado, está relacionada con el monto de las penas impuestas a la Procesada MPML como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal, las cuales en sentir del recurrente fueron muy benévolas y no se compadecían de la sevicia y de la crueldad desmesurada a la que fue sometida la víctima por parte de la Procesada, quien infligía en la humanidad de su hija constantes y reiterados actos de violencia infantil. A lo que se le debía sumar la extrema maldad del actuar de la Procesada, quien sin ninguna consideración, arrojó el cuerpo sin vida de su hija en la manigua de un sector rural para que los carroñeros dieran pasto del cadáver; aunado a lo que hizo para desviar la investigación, ya que manipuló las prendas de vestir de la difunta para de esa forma hacer creer que Ella había sido víctima de un ataque sexual.

Acorde con lo anteriores argumentos, el apelante expuso que en el presente asunto se estaba en presencia de un delito de homicidio agravado, según las circunstancias de agravación punitiva de los # 1º, 6º y 7º del artículo 104 C.P., lo que obligaba al Juzgado de primer nivel, al momento de dosificar las penas, a que partiera de los cuartos máximos de punibilidad y no de los cuartos mínimos, como de manera errada lo hizo el Juzgado *A quo*.

De igual forma, el apelante expresó su discrepancia con la decisión del Juzgado *A quo* de no aplicar las disposiciones de duplicación punitiva consagradas en el artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006, lo que catalogó ser producto de una interpretación errada que desconocía la filosofía del Código de la infancia y de la adolescencia, la cual no era otra diferente que la de procurar la protección de los niñas, niñas y adolescentes, quienes acorde con la Carta son sujetos de especial protección constitucional.

Con base con los anteriores argumentos, el recurrente solicitó que se modifique el fallo confutado en el sentido que se incrementen las penas principales impuestas a la Procesada MPML, como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en su contra.

**2) El recurso de apelación interpuesto por la Defensa.**

La tesis de la discrepancia propuesta por la Defensa en la alzada, está relacionada con denunciar la ocurrencia de unos errores en los que incurrió el Juzgado de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que el proceso estaba plagado de muchas dudas, las cuales debían resolverse en favor de la Procesada MPML.

De igual manera el apelante adujo que el proceso se encontraba viciado de nulidad, como consecuencia de un yerro en el que se incurrió en la calificación jurídica dada a los hechos, la cual no correspondía al delito de homicidio agravado sino al reato de homicidio preterintencional.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso los siguientes argumentos:

* La sentencia se fundamentó en múltiples indicios lo cuales no estaban apoyados en pruebas concluyentes; a lo que se le debía aunar que las pruebas que soportaban esos indicios, además de haber sido apreciadas incorrectamente, de las mismas solo afloraban contradicciones e inconsistencias, porque:
* De lo atestado por HÉCTOR JAVIER BETANCUR, no se desprende que el testigo haya dicho que vio a la Procesada a eso de las 19:00 o las 19:30 cuando en plena vía pública jalaba de las manos a su hija.
* No se puede considerar como veraz lo declarado por JULIÁN DAVID LÓPEZ, quien adujo que entre las 18:00 y las 19:00 horas vio pasar a la Procesada en compañía de su hija con dirección a la Olímpica, debido a que esa dirección queda en sentido opuesto al barrio en donde la acusada residía con su familia, la cual correspondía al barrio Bavaria.
* El testimonio rendido por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ, primo de la Procesada, es especulativo en la demostración de que la encausada estuvo en su habitación a eso de las 19:00 horas, ya que el testigo dijo que oyó unas voces que provenían de esa pieza y presumió que su pariente se encontraba en ese lugar.
* Es inverosímil todo lo dicho por la menor YERI VALENTINA AGUDELO MARTÍNEZ (YVAM), cuando dijo haber presenciado el momento en el que la autora de sus días golpeaba en la cabeza a su hermana con un televisor, debido a que el dictamen médico legal es categórico en aseverar que la víctima no presentaba traumas en el cráneo; sumado a que JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ atestó haber escuchado el sonido de la televisión, la cual se encontraba encendida.
* El indicio deducido en contra de la Procesada relacionado con la perdida de la tarjeta *sim card* es desvirtuado con el testimonio rendido por la Sra. CLAUDIA LILIANA RÍOS, quien adveró que a eso de las 20.00 horas la acusada le dijo que había encontrado la tarjeta de marras.
* Uno de los sustentos del juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de la acusada, se cimentó en el hallazgo de un colchón en un lugar aledaño de aquel en donde se encontró el cuerpo de la occisa, el cual la noche de los hechos fue visto en poder de la Procesada por varios testigos, cuyas declaraciones no fueron apreciadas de manera correcta por el Juzgado *A quo* porque:
* Los testigos HÉCTOR JAVIER BETANCUR y JEFFERSON GÓMEZ, adveraron haber visto el momento en el que la Procesada sacaba un colchón, pero en ningún momento esos testigos adujeron que vieron que en ese colchón se encontraba un cadáver envuelto.
* En el fallo se tergiversó el testimonio de ERNESTO SIMEÓN OCHOA, quien nunca vio a la Procesada en el automotor que estaba parqueado por el caño, ya que lo que el testigo vio fue a dos personas abrazadas cerca de un auto estacionado en un sector oscuro, quienes la estaban pasando rico.
* No eran las mejores las condiciones mentales del testigo JEFFERSON GÓMEZ cuando adujo ver pasar a la Procesada con el colchón, debido a que eso sucedió cuando el testigo se encontraba cerca del atrio de la iglesia fumándose un porro de marihuana.
* La evidencia del colchón en momento alguno fue recolectada por los investigadores ni aducida al proceso en debida forma, y por ende debe ser considerada como inexistente por vulnerar el debido proceso, ya que la Fiscalía acudió a una imagen fotográfica de una colchoneta, la cual le fue puesta de presente a los testigos previa proyección de esa imagen en la pared.
* De ser cierto lo consignado en el fallo opugnado, en el sentido consistente en que la causa de la muerte de la menor tuvo su génesis en una brutal golpiza que su madre le propinó por haber perdido una tarjeta *sim card*, entonces era obvio que ese resultado: muerte, no fue producto de un comportamiento doloso, por ausencia de los elementos cognoscitivos y volitivos que integran el dolo, y al estar descartado el dolo se estaría en presencia de un delito de homicidio preterintencional, lo que a su vez determinaría la nulidad de la sentencia.

Acorde con lo argüido en su disertación, la Defensa solicitó que se revoque el fallo opugnado, y que en consecuencia se absuelva por dudas probatorias a la Procesada MPML de los cargos por los cuales fue llamada a juicio.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado otorgado a los no recurrentes, la Fiscalía ejerció el derecho de réplica en contra del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, y por ende solicitó la confirmación del fallo opugnado al aducir que el Ente Acusador con sí demostró plenamente el compromiso penal enrostrado en contra de la Procesada MPML, porque con las pruebas allegadas al proceso se demostró:

* Que el 31 de diciembre del 2.013 la menor HEIDI YULIANA RESTREPO extravió una tarjeta *sim card* que recibió de su madre, lo que desató la ira de la autora de sus días, quien le propinó una brutal golpiza que le causó la muerte.
* De igual manera las pruebas demostraban que madre e hija salieron hacia la calle en busca de la tarjeta, y que regresaron a su domicilio a eso de las 19:30 horas, siendo esa la última vez que fue vista con vida la menor HEIDI YULIANA RESTREPO.
* Las pruebas habidas en el proceso, entre ellas los testimonios de HÉCTOR BETANCUR; JAVIER MARTÍNEZ; JULIÁN LÓPEZ; JEFFERSON GÓMEZ y ERNESTO OCHOA, demostraban que a eso de las 22:00 horas la Procesada fue vista sacar de su vivienda una colchoneta enrollada, sin que se especificara qué había en su interior, la cual montó en un vehículo en el que se desplazó hacia un sitio despoblado ubicado en un sector aledaño al barrio *“Expansión Norte”,* lugar en donde cuatro días después se encontró tanto el colchón como el cuerpo sin vida de la infante.
* Los testigos de la Fiscalía en momento alguno incurrieron en contradicciones graves en sus dichos ni en inconsistencias cronológicas porque: a) Cuando el testigo JULIÁN DAVID LÓPEZ, narró que vio a eso de las 18:00 horas a madre e hija quienes iban en dirección hacia *la Olímpica*, ello correspondió al instante en el que Ellas salieron de su domicilio en búsqueda de la tarjeta *sim card* perdida; b) Los dichos del testigo HÉCTOR BETANCUR, cuando adujo haber visto a madre e hija a eso de las 19:30 horas corresponde es al momento en el que Ellas se dirigían hacia su residencia después de la infructuosa búsqueda de la tarjeta *sim card*.
* Si bien es cierto que en el proceso una persona declaró que la Procesada esa noche había encontrado la desaparecida tarjeta *sim card,* de igual manera se debe tener en cuenta que tal prueba en momento alguno desvirtúa que ese hallazgo bien pudo ocurrir después de la consumación del asesinato.
* Es correcto el método empleado por la Fiscalía para introducir al proceso como evidencia física el colchón encontrado en el sitio de los hechos, por tratarse de un macroelemento, el que acorde con lo reglado en el artículo 256 C.P.P., podía ser allegado al proceso mediante una fotografía tomada a ese elemento material probatorio.
* En el proceso existía un cúmulo de indicios de responsabilidad que gravitaban en contra de la Procesada, entre los cuales se encontraban: a) El recurrente comportamiento agresivo de la madre en contra de su hija; b) La pérdida de la tarjeta *sim card* y el haber sido vistas juntas madre e hija por varias personas en el momento de la infructuosa búsqueda de ese objeto; c) La ubicación de la víctima y de la victimaria a eso de las 19:30 horas en el interior de una habitación en donde residían; d) El sorprendimiento de la Procesada en el instante en el que sacaba de su residencia, a eso de las 22:00 horas, un colchón enrollado, y su posterior avistamiento en el lugar en donde fue encontrado el cuerpo sin vida de la víctima.
* En el proceso no se incurrió en un error en la calificación jurídica, ya que la conducta enrostrada a la Procesada se adecuaba típicamente en el delito de homicidio agravado y no en el reato de homicidio preterintencional, debido a que la acusada actuó de manera dolosa cuando presa de la furia procedió a golpear a su hija hasta matarla, lo cual era indicativo que su intención no era castigarla sino la de menoscabar su integridad personal.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con lo consignado en el # 1º del artículo 34 C.P.P es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito de este Distrito Judicial.

Igualmente la Sala no avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que haya incidido para viciar de nulidad la presente actuación, y que conspire de manera negativa en la resolución de fondo de la presente alzada.

**- Problemas Jurídicos:**

Del contenido de los argumentos esgrimidos por los apelantes en las sendas alzadas como tesis de sus discrepancias, aunado a lo argüido por los no recurrentes, a juicio de la Sala se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en errores en la apreciación de las pruebas con las cuales en el fallo opugnado se cimentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de la Procesada MPML?

¿Es correcta la calificación jurídica dada a los hechos por los que se declaró la responsabilidad penal de la Procesada MPML, la cual no corresponde al delito de homicidio agravado sino al reato de homicidio preterintencional?

¿Fueron tasadas correctamente las penas impuestas a la Procesada MPML, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en su contra?

**- Solución:**

**1. El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas.**

La inconformidad propuesta por el apoderado de las víctimas en contra de los resuelto y decido en el fallo confutado, está circunscrita con la dosificación de la pena principal impuesta a la Procesada, la cual en sentir del apelante no debió corresponder al límite inferior del cuarto mínimo sino al cuarto máximo de punibilidad, porque en opinión del apelante, el Juzgado de primer nivel al momento de dosificar las penas fue muy benevolente y desconoció la existencia de una serie de agravantes que fueron endilgados en contra de la Procesada, los que a su vez incidían para que en su contra se le impusiera una pena mucho mayor.

Frente a dicho aspecto, la Sala es de la opinión que el Juzgado *A quo* estuvo parcialmente atinado en las operaciones de dosimetría punitivas cuestionadas por el recurrente, a quien no le asiste la razón en sus pretensiones relacionadas con el incremento de las penas impuestas en contra de la Procesada.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo basta con acudir a las disposiciones consagradas en el inciso 2º del artículo 61 C.P., las cuales regulan la manera como se deben dosificar las penas al implementar el sistema de cuartos de la siguiente manera:

“Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva….”.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que en momento alguno la Fiscalía en la acusación le endilgó a la Procesada circunstancias de mayor punibilidad[[2]](#footnote-2), y como quiera que en favor de la encausada operaba la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales, consagrada en el # 1º del articulo 58 C.P., ello traía como consecuencia que el Juzgado de primer nivel, acorde con lo reglado en el inciso 2º del articulo 61 *ibídem*, al momento de dosificar las penas debía acudir a los cuartos mínimos de punibilidad y no a los cuartos máximos, como de manera errada lo reclama el apelante, quien al parecer se encuentra confundido en lo que tiene que ver con las finalidades punitivas de los agravantes genéricos y específicos, porque los agravantes específicos modifican la tipicidad y el ámbito de punibilidad del delito, mientras que los genéricos, también conocidos como circunstancias de mayor punibilidad, solo inciden en la fase de dosificación punitiva, en especial cuando se acude al sistema de cuartos.

Pese a que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado cuando acudió al primer cuarto de punibilidad, de igual manera la Sala considera que al momento de individualizar la pena de prisión no aplicó en debida forma las disposiciones consagradas en el inciso 3º del articulo 61 ibídem, porque ignoró las circunstancias en las cuales la Procesada perpetró el reato: a) Arrojó el cuerpo de su hija a un caño como si fuera una especie de guiñapo; b) Alteró la escena del crimen para hacer parecer que la óbito fue víctima de un atentado sexual[[3]](#footnote-3); c) Se inventó la patraña consistente en que su hija se encontraba desaparecida, para de esa forma encubrir su delincuencia. Todas esas circunstancias ocasionaban una mayor alarma social sobre la maldad de lo acontecido y generaban un mayor juicio de reproche del comportamiento asumido por la Procesada, lo que ameritaba que al momento de individualizar las penas en momento alguno se debía partir de las penas mínimas, como de manera desacertada hizo el Juzgado *A quo,* y por el contrario, de aplicarse en debida forma los principios de proporcionalidad y de retribución justa, se podría llegar a la conclusión consistente en que una pena justa y adecuada al horroroso proceder de la Procesada debería corresponder al límite superior del primer cuarto de punibilidad.

Por otra parte, en lo que atañe con la polémica planteada por el recurrente referente a la falta de aplicación de las disposiciones consagradas en el artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006, las cuales consagran unas circunstancias específicas de agravación punitiva cuando las víctimas son *«niños y niñas menores de catorce años»*, la Sala dirá que no existía ninguna que justificara el surgimiento de dicha controversia, por la sencilla razón consistente en que esa norma no es aplicable al delito de homicidio sino al delito de lesiones personales, ya que si hacemos un análisis del contenido de la misma, de bulto se desprende que el aludido artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006 modificó el artículo 119 del C.P., el cual a su vez se encuentra dentro del capítulo 3º del Título I del Libro 2º del Código Penal, el que está relacionado única y exclusivamente con el delito de lesiones personales.

Lo antes expuesto nos quiere decir que los incrementos punitivos consagrados en el aludido artículo 200 del Código de la Infancia y de la adolescencia, solo se pregonan del delito de lesiones personales, y por ende no tienen cabida en casos como el presente que tienen que ver con el delito de homicidio.

En resumidas cuentas, la Sala concluye que son errados los reproches que el apoderado de las víctimas ha formulado en contra del fallo opugnado, por cuanto: a) Pese al yerro en la individualización de la pena de prisión, se debe admitir que el Juzgado *A quo*, al momento de dosificar las penas, aplicó correctamente el sistema de cuartos; b) Las disposiciones del artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006 no eran aplicables al caso *subexamine.*

**2. El recurso de apelación interpuesto por la Defensa.**

**2.1. Los cargos relacionados con los yerros de apreciación del acervo probatorio.**

**2.1.1. Las contradicciones e inconsistencias en las que incurrieron las pruebas testimoniales de cargo.**

El recurrente cuestiona la credibilidad que en el fallo opugnado se le concedió a las pruebas testimoniales allegadas al proceso por la Fiscalía, las cuales catalogó de contradictorias, inconsistentes e imprecisas, y por ende, en sentir del apelante, con pruebas de dicho talante no era factible desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba a la Procesada MPML, quien en consecuencia debió ser favorecida por el apotegma del principio del *in dubio pro reo.*

Frente a lo anterior, la Sala desde ya dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra de las pruebas testimoniales que la Fiscalía allegó al proceso, porque en momento alguno las personas que declararon en calidad de testigos de cargo incurrieron en las contradicciones e inconsistencias denunciadas por el recurrente.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo basta con hacer un análisis de las pruebas denunciadas como erróneamente apreciadas por el apelante, del cual se extracta lo siguiente:

* Pese a ser cierto que el testigo JEFFERSON ANTONIO GÓMEZ adujo que se encontraba fumándose un porro en el atrio de la iglesia, cuando entre las 21:00 y las 22:00 horas del 31 de diciembre del 2.013 vio a la Procesada, a quien conocía por ser vecina del sector, en el preciso momento en el que sacaba un colchón amarrado de su casa para luego montarlo en el asiento trasero de un automotor de color azul. De igual manera, de lo atestado por el testigo de marras se desprende que no es cierto, como lo insinúa el recurrente, que se encontraba en un grado tal de intoxicación canábica que le impidiera darse cuenta de lo que acontecía, ya que el testigo en su declaración también expuso que tales acontecimientos tuvieron lugar en el preciso momento en el que encendía el tabaco de marihuana, el cual, según su declaración, aún no se lo había fumado.

Además, los dichos de JEFFERSON ANTONIO GÓMEZ encuentran eco en las atestaciones de HÉCTOR JAVIER BETANCUR, quien expuso que a eso de las 22:00 horas de esas calendas, cuando se dirigía hacia el barrio San Antonio, al pasar frente a la casa donde residía MPML, se dio cuenta del preciso instante en el que Ella sacaba una colchoneta o colchón para montarla en un carro oscuro.

Asimismo, al efectuar un análisis de lo declarado por los testigos JEFFERSON ANTONIO GÓMEZ y HÉCTOR JAVIER BETANCUR, se desprende que Ellos en sus sendos relatos no incurrieron en inconsistencias, ya que lo dicho por Ellos está circunscrito al haber visto a la Procesada en el preciso momento en el que a eso, más o menos, de las 22:00 horas sacaba de su residencia una especie de colchoneta o de colchón para luego montarla en un vehículo automotor.

* En momento alguno en el fallo confutado se trastocó el contenido de lo declarado por el testigo ERNESTO SIMEÓN OCHOA, como de manera errada lo reclama el apelante, porque en dicho proveído se respetó el núcleo esencial de lo atestado por el testigo de marras.

Prueba de lo anterior se tiene con hacer un análisis de lo atestado por ese testigo, quien adujo que entre las 22:00 y las 23:00 horas de 31 de diciembre de 2.013, cuando en su vehículo particular se dirigía a visitar a su madre, quien reside en el corregimiento de *“Caimalito”,* luego de tomar la ruta de la variante, al llegar al sector conocido como *Cocorní,* como tenía las luces altas, se dio cuenta, en la orilla de una especie de callejón habido entre los cañaduzales, de la presencia de un rodante parqueado y de una pareja, hombre y mujer, quienes se estaban abrazando.

De igual manera, el testigo expuso que al pasar por ahí observó que el vehículo que estaba estacionado tenía las puertas traseras abiertas, y que por eso se percató que ahí había algo enrollado, como una especie de colchoneta.

Finalmente, el testigo adveró que pudo reconocer a la mujer que vio en ese lugar, a partir del momento en el que en la prensa, cuando dieron la noticia de la niña desaparecida, publicaron las fotos de la madre, a quien identificó como la mujer que esa noche estaba por los cañaduzales.

* Se equivoca el apelante cuando aduce que en el fallo opugnado se distorsionó el contenido de lo atestado por parte de HÉCTOR JAVIER BETANCUR, el cual, según decir del recurrente, en momento alguno dijo haber visto el instante en el que la Procesada jalaba de una de sus manos a su menor hija. Pero si analizamos el contenido de lo atestado por parte del testigo de marras, se infiere que en efecto si pudo ver la forma brusca como la Procesada sujetaba de sus manos a su descendiente.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo basta con analizar lo adverado por el testigo de marras, quien adujo que cuando Él se dirigía hacia su residencia, en el momento en el que se encontraba por los lados de la Iglesia, siendo eso de las 19:00 o 19:30 horas, vio en la otra acera a la menor y a la Procesada, quienes se dirigían en su mismo sentido, pero se percató que MPML de manera apresurada, llevaba sujetada a la menor de una de sus manos.

* Las atestaciones rendidas por la hermana de la víctima, o sea la menor *YVAM*, deben ser apreciadas en su debida dimensión y con cierto beneficio de inventario como consecuencia de la escasa madurez de la infante, propia de la edad que tenía cuando declaró y cuando ocurrieron los hechos[[4]](#footnote-4), ya que de un análisis del relato vertido por Ella, se desprende que se está en presencia de una narración descontextualizada, en la cual la testigo no se ubica en el tiempo cuando expuso que: a) Su madre las maltrataba con un cable de la electricidad; b) El día de los hechos se perdieron unas tarjetas *sim card,* y por ello su madre le ordenó a su hermana que buscara esos objetos; c) Presenció cuando su mamá le propinó una golpiza a su hermana, durante la cual la agredió con un televisor con el que la golpeó por la cabeza.

Pero es de anotar que al analizar en su verdadero contexto el infame episodio de la agresión con el televisor, se desprende que ese aciago evento no tuvo lugar el 31 de diciembre de 2.013, como de manera errada lo asevera la Defensa en la alzada, sino que al parecer acaeció en otra ocasión pretérita, si partimos de la base consistente en que la testigo adujo que pese a los llantos de su hermana, quien decía que se quería morir, no la llevaron al hospital.

* No pueden ser de recibo los cuestionamientos formulados por el apelante para considerar poco veraz e ilógico lo declarado por el testigo JULIÁN DAVID LÓPEZ CABAL, quien expuso que ese 31 de diciembre de 2.013 se encontraba vendiendo velones en el atrio de la iglesia *Nuestra Señora del Carmen*, cuando a eso de las 18:00 a las 19:00 horas vio pasar a la Procesada en compañía de su hija con dirección hacia la supertienda *“Olímpica”*. Lo cual para la Defensa es inverosímil, debido a que la supertienda de marras se encuentra en sentido contrario del barrio Bavaria, en donde la Procesada residía, por lo que no había razón alguna para que se desplazara con dirección hacia dicho lugar.

La Sala considera que no pueden ser de recibo tales reproches, por lo siguiente: a) Acorde con los postulados del principio de *la incumbencia probatoria*[[5]](#footnote-5), vemos que la Defensa no cumplió con la carga que le asistía de demostrar que en efecto la supertienda *“Olímpica”* se encontraba en un sentido contrario al del barrio en donde la acusada residía; b) Los dichos del testigo LÓPEZ CABAL no podían ser apreciados insularmente sino de manera conjunta con el resto de las pruebas habidas en el proceso, en especial con lo atestado por HÉCTOR JAVIER BETANCUR, quien adveró que estando por los lados de la Iglesia, siendo eso de las 19:00 o 19:30 horas, vio a madre e hija cuando caminaban con destino hacia el barrio Bavaria. Lo cual torna en lógico lo declarado por JULIÁN DAVID LÓPEZ CABAL, porque de sus dichos se desprende que cuando vio a la Procesada con la menor, Ellas estaban haciendo un recorrido de ida, mientras que cuando ambas fueron vistas posteriormente por HÉCTOR JAVIER BETANCUR, se encontraban haciendo un recorrido de venida.

* No es cierto que en el fallo opugnado se haya tergiversado el testimonio rendido por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ, porque de la apreciación que se hizo de lo atestado por el testigo de marras, vemos que se mantuvo el contexto de lo narrado, de lo cual se desprende que ese 31 de diciembre de 2.013, Él se dio cuenta que su prima, o sea la Procesada MPML, a eso de las 19:00 horas se quedó en su habitación en compañía de sus hijas. Pero que cuando regresó a eso de las 20:00 horas, se percató que estaba cerrada la pieza habitada por su prima y que de la misma solo se escuchaba el sonido de un televisor que estaba encendido.

De igual manera el apelante desconoce que lo atestado por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ, de una u otra forma es corroborado por el testimonio de la Sra. ANA MARÍA MARTÍNEZ, tía de la Procesada, quien afirmó que se dio cuenta que su sobrina estuvo en su habitación en compañía de su hija menor, cuando Ella salió para una iglesia a eso de las 19:00 horas.

* Es cierto que en el fallo opugnado se ignoró las atestaciones absueltas por la Sra. CLAUDIA LILIANA RÍOS, quien adujo que la Procesada le comentó sobre la pérdida de unas tarjetas *sim card,* pero que después a eso de las 20:00 horas MPLM la llamó para contarle que habían aparecido las tarjetas de marras.

Pero de igual modo para la Sala ese yerro de preterición probatoria no tiene ninguna trascendencia en el proceso, ya que en nada cambia la situación relacionada con lo que aconteció con la menor HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, quien acorde con la realidad probatoria, fue amenazada por su madre de propinarle una tunda en caso que no encontrara las tarjetas *sim card* que supuestamente había perdido, tanto es así que una de las últimas veces en las que la menor fue vista con vida, su estado de ánimo no era el mejor, porque acorde con lo declarado por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ y ANA MARÍA MARTÍNEZ, se tiene que a eso de las 17:40 horas de ese aciago 31 de diciembre de 2.013, Ellos vieron salir a la menor de su casa toda apesadumbrada y llorosa. Lo que a su vez obtiene eco en lo atestado por LINA MARÍA RAMÍREZ, quien adujo que a eso de las 18:00 horas vio triste a la joven, y al preguntarle del porqué de su tristeza, Ella le dijo que se debía a que su mamá la amenazó con pegarle por haber perdido unas tarjetas *sim card.*

En suma, acorde con el análisis que hemos efectuado de las pruebas habidas en el proceso, la Sala válidamente puede concluir que en momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante.

**2.1.2. La violación del debido proceso como consecuencia de la ilegal aducción al proceso de un elemento material probatorio.**

Mediante el presente cargo, el apelante pretende poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento utilizado por la Fiscalía para allegar al proceso una evidencia física, relacionada con el hallazgo de un colchón localizado por la Policía Judicial en un lugar contiguo de aquel en donde se encontró el cuerpo sin vida de la joven HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ.

De lo reclamado por el recurrente, entiende la Sala que está denunciando una violación del debido proceso, por encontrarse supuestamente viciado de ilegalidad el procedimiento utilizado por la Fiscalía para allegar a la actuación la aludida evidencia física, procedimiento este que en sentir del apelante no debió ser por medio del uso de métodos virtuales, tales como la proyección de unas fotografías tomadas al colchón de marras, sino mediante la aportación física del aludido elemento material probatorio en el momento en el que se suscitaba el correspondiente debate probatorio.

Frente a los reproches formulados por el apelante, la Sala considera que no le asiste la razón, y por ende creemos que no sería válido acudir a las disposiciones consagradas en el inciso final del artículo 29 de la Carta, en consonancia con el articulo 23 C.P.P., para excluir del proceso la aducción de la evidencia física tachada de ilegal por el recurrente.

Para demostrar la anterior hipótesis, inicialmente la Sala acudirá a lo atestado por el policial JOHN EDWIN MARÍN, quien expuso que al inspeccionar el sitio de los hechos, se dieron cuenta de la presencia de una colchoneta que estaba a la entrada del camino que conducía hacia el caño en donde se encontró el cadáver de la víctima, la que estaba a una distancia de 80 metros del cuerpo, pero que Ellos en ese momento no le prestaron ninguna relevancia. Pero posteriormente, cuando le tomaron las declaraciones a varias personas, quienes adveraron que la noche de los hechos vieron a la Sra. MPML en el momento en el que sacaba de su casa una colchoneta, aunado a lo dicho por otro testigo, quien ubicó a la entonces indiciada en el sitio en donde posteriormente se encontró el cadáver; al liar tales cabos se dieron cuenta de la transcendencia del hallazgo de la colchoneta, razón por la que el 6 de enero de 2.014 se dirigieron hacia el sitio de los hechos para recolectar esa evidencia física, pero se encontraron con la novedad que se encontraba quemada, y por ello procedieron a tomarle las fotografías del caso, las que se encuentran consignadas en el álbum fotográfico identificado por la Fiscalía como elemento material de prueba # 20, las cuales posteriormente fueron exhibidas por el Ente Acusador en el devenir del juicio.

Acorde con lo anterior la Sala discurre que, contrario a lo reclamado por el apelante, no era necesario que se llevara físicamente al juicio el elemento material probatorio colchón que se encontraba en las condiciones descritas por el testigo JOHN EDWIN MARÍN, máxime cuando el mismo podía ser asimilado a lo que se debe entender como macroelemento, lo que implicaba, acorde con las voces del artículo 256 C.P.P., que para allegarlo al juicio solo bastaba con hacer uso de las imágenes fotográficas o fílmicas que la Policía Judicial tomó de ese elemento material probatorio, con las cuales válidamente se podía sustituir la presencia de la aludida evidencia física.

En suma, para la Sala no puede ser de recibo la discrepancia del recurrente, debido a que se ceñía a la legalidad propia del debido proceso probatorio el procedimiento empleado por la Fiscalía para allegar de manera virtual al proceso la evidencia física de marras, o sea la colchoneta, encontrada por la Policía Judicial en un lugar aledaño de aquel en donde yacía el cuerpo sin vida de la víctima.

**2.2. La prueba indiciaria.**

Es un hecho cierto, como lo reclama el recurrente, el consistente en que en el proceso no existe prueba directa alguna que demuestre que la Procesada MPML haya sido la persona que de manera infame le segó la vida a su hija HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, ya que ninguna de las personas que acudieron al proceso en calidad de testigos en declaró haber presenciado o darse cuenta de ese horrendo evento.

Pero de igual manera, contrario a lo reclamado por el apelante, la Sala no puede ignorar que en el proceso existía un cúmulo de indicios contingentes, que de manera indirecta demostraban el compromiso penal endilgado en contra de la Procesada MPML como la persona que de manera desalmada mató a su menor hija, con los cuales válidamente se podía edificar una sentencia condenatoria, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“La prueba indiciaria sí puede fundar una sentencia cuando en forma univoca y contundente señala la responsabilidad del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio…”[[6]](#footnote-6).

Para demostrar la anterior hipótesis, se ha de tener en cuenta que los indicios son un medio de prueba de naturaleza indirecta, en virtud de la cual de un hecho indicador o conocido, acorde con las reglas de la experiencia, la ciencia o la lógica, se colige la existencia de un hecho indicado o desconocido.

Sobre la naturaleza y características de este medio probatorio, la Corte, de vieja data, se expresó en los siguientes términos:

“El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica….”[[7]](#footnote-7).

De lo hasta ahora dicho sobre los indicios, podemos colegir que los elementos que integran ese medio probatorio, serían los siguientes: a) Un hecho indicador, que debe estar plenamente demostrado en el proceso; b) Un hecho indicado o desconocido; y, c) Un juicio de inferencia, el cual estaría basado en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, que incidiría en el mayor o menor grado de probabilidad o de posibilidad de ocurrencia del hecho indicado, por lo que entre mayor sea el grado de probabilidad el indicio se tornará en grave, y a contrario sensu, cuando el grado de probabilidad sea menor, el indicio debe ser apreciado como leve.

Al transpolar lo antes expuesto al caso en estudio, la Sala es de la opinión que en contra de la Procesada MPML gravitan los siguientes indicios graves:

* **El indicio del móvil para delinquir**. El cual nos indica que por parte de la Procesada existía una razón plausible para atentar en contra de la integridad personal de su menor hija.

Dicho indicio tendría como hechos indicadores varias de las pruebas testimoniales habidas en el proceso, entre las que descollan los testimonios absueltos por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ; CLAUDIA LILIANA RÍOS; ANA MARÍA MARTÍNEZ y la menor *YVAM*, las cuales son coincidentes en establecer que a la víspera de los hechos, la menor HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ se encontraba cabizbaja y apesadumbrada debido a que su madre, o sea la Procesada MPML, la había amenazado con propinarle una tunda o zurra por el hecho de haber perdido unas tarjetas *sim card*, que no habían aparecido, las cuales eran utilizadas por la acusada para la venta de minutos de telefonía móvil celular.

Dichas pruebas permiten inferir como hecho desconocido, el consistente en que existía por parte de la Procesada una razón para querer atentar en contra de la integridad física de la víctima, la cual no era otra diferente que la de castigarla por haber perdido las aludidas tarjetas *sim card.*

Por lo tanto, si para ese entonces la Procesada era la única persona que tenía un serio motivo para atentar en contra de la integridad física de su menor hija, es probable que Ella, o sea la acusada MPML, haya sido quien le ocasionó la muerte a su descendiente como consecuencia de haber hecho efectivo ese móvil.

* **El indicio de las consecuencias del delito**, el que nos enseña que el deceso de la difunta bien pudo ser consecuencia de una brutal y salvaje golpiza que le propinó la Procesada MPML.

Este indicio tiene como hechos indicadores los testimonios absueltos por *YVAM;* JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ; JOSÉ SANTIAGO RESTREPO y MANUEL FELIPE BETANCUR MONCADA, con los cuales se demuestra que la Procesada MPML, a modo de castigo, maltrataba de manera vil e infame a su menor hija, a quien, según se extracta de lo atestado por los aludidos testigos, cuando no le daba puños o patadas, la golpeaba con un cable de la energía eléctrica o con un gancho de colgar la ropa.

Es de resaltar que tales aborrecibles actos de maltrato infantil, se encuentran reflejados en las anotaciones que la menor hizo en un diario en el que consignaba sus vivencias y pesares, el cual fue objeto de estipulaciones probatorias y fue allegado al proceso como elemento material de prueba # 1.

En dicho diario, la joven escribió lo siguiente:

“Querido diario, hoy 17 de 12 tengo más deseos de morir (sic) mi vida es un infierno lo digo X que es como si no tuviera mama, una mama apoya a sus hijos, los comprende, les enseña cosas como cocinar, lavar etc.

Tal vez ella tuvo que aprender X sus propios métodos (sic) tal vez a ella le daban garrote (sic) pero porque ella no trata de cambiar las cosas **ELLA DEBE SER UNA BUENA MADRE**. Si después que tenga un hijo que si el (sic) se maneja mal no puedo ir a pegarle acerle (sic) sufrir. No puedo hacer eso (sic) Yo debo decirle que eso estuvo mal.

(:::)

15 de diciembre de 2.013. Querido diario. A veces pienso que soy un estorbo para todos. Pienso que ubiera (sic) sido mejor que mi mama abortara cuando se dio cuenta que estaba embarazada de mi…..”[[8]](#footnote-8).

De igual manera, a las anteriores pruebas que fungen como hecho indicador, se le debe adicionar el testimonio del médico forense ERVIN MONTOYA ZAPATA, quien adujo que como consecuencia del estado de putrefacción del cadáver no era posible determinar las causas del deceso.

Para la Sala, con tales pruebas se demostraba como hecho oculto el consistente en que las causas del deceso del óbito pudieron ser una lamentable consecuencia del salvaje y brutal maltrato que de manera desconsiderada y desalmada le propinó la Procesada cuando vilmente le infligía castigos corporales.

* **El indicio de responsabilidad criminal**. Que está relacionado con la existencia de evidencias, que demuestran que la Procesada se encuentra seriamente implicada en la comisión del delito por el cual fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador.

Esta prueba indirecta tiene como hechos indicadores: a) Los testimonios absueltos por JEFFERSON ANTONIO GÓMEZ y HÉCTOR JAVIER BETANCUR, de cuyas atestaciones se desprende que Ellos, a eso más o menos de las 22:00 horas del 31 de diciembre del 2.013, vieron el momento en el que la Procesada sacaba un colchón amarrado de su casa para luego montarlo en el asiento trasero de un automotor de color azul; b) El testimonio rendido por ERNESTO SIMEÓN OCHOA, quien expuso que a eso de las 23:00 horas de 31 de diciembre de 2.013, cuando pasaba con su vehículo por el sector conocido como *Cocorní*, por unos cañaduzales se dio cuenta de la presencia de un automotor que estaba estacionado sin luces, así como de una pareja que se estaba abrazando. Igualmente el testigo afirmó que se percató que el rodante estacionado tenía las puertas traseras abiertas, por lo que pudo ver que ahí había algo enrollado como una especie de colchoneta[[9]](#footnote-9). Asimismo el testigo manifestó que gracias a las fotos que aparecieron en la prensa, posteriormente pudo identificar a la mujer que vio en ese lugar como la madre de la joven que estaba desaparecida; c) Lo atestado por el Policial JOHN EDWIN MARÍN, quien adveró sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto del hallazgo de una colchoneta en un sitio aledaño del lugar en donde fue encontrado el cuerpo sin vida de la menor reportada como desaparecida; d) Lo declarado por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ, quien adujo que el colchón encontrado en el sitio de los hechos correspondía a un regalo hecho por el padre de la menor asesinada, JOSÉ SANTIAGO RESTREPO.

Por lo tanto, si en el proceso, a modo de hechos indicadores, existen pruebas que demostraban el hallazgo de un bien de propiedad de la víctima[[10]](#footnote-10) en el sitio de los hechos en donde yacía su cuerpo sin vida, aunado a que la Procesada MPML fue vista esa aciaga noche del 31 de diciembre de 2.013 en dos ocasiones: a) Cuando sacaba una colchoneta enrollada de su domicilio para montarla en un automotor; b) Cuando se encontraba en compañía de otro fulano en inmediaciones del sitio en donde se encontró el cadáver de la víctima, cerca de un vehículo que transportaba una colchoneta enrollada. Tales pruebas nos permiten inferir como hecho desconocido el relacionado con la probable implicación de la Procesada en la muerte de su menor hija, porque las reglas de la experiencia nos enseñan que cuando una persona es vista con un bien de propiedad de la persona asesinada en el sitio donde se encontró su cuerpo sin vida, lugar en el que coincidencialmente también se ubicó al sospechoso, todos esos factores son indicativos que esa persona pudo tener arte y parte en la comisión del delito de homicidio.

* **El indicio de manifestaciones posteriores al delito.** El cual tiene que ver con el comportamiento asumido por la Procesada después de la comisión del delito, el cual tenía como finalidad encubrir su participación en el mismo.

Este indicio tiene como hechos indicadores: a) Las pruebas documentales habidas en el proceso, identificadas por la Fiscalía como elemento material de prueba # 1, en las cuales la Procesada MPML reportó la desaparición de su hija HEIDI YULIANA RESTREPO MARTÍNEZ, la cual tuvo lugar al finalizar la tarde del 31 de diciembre de 2.013, cuando Ella amenazó a su hija con zurrarla, por lo que le pidió que saliera a la calle en búsqueda de una tarjeta *sim card* que había perdido, sin que desde ese entonces se supiera del paradero de la menor; b) Lo declarado por JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ y ANA MARÍA MARTÍNEZ, quienes aseveran que a eso de las 17:40 horas más o menos vieron salir de su habitación a la menor de marras, quien se encontraba cabizbaja y apesadumbrada debido a que su madre le iba a pegar por la pérdida de las tarjetas *sim card.* Testimonios estos que complementarían lo dicho por la Procesada a las autoridades respecto de la hora en la que la niña reportada como desaparecida salió de su casa en búsqueda de la tarjeta *sim card* perdida, la que correspondería más o menos a eso de las 17:40 horas; c) Lo atestado por varios testigos, entre otros: CARLOS ARBEY BENÍTEZ; DORA LILIA RESTREPO; DORIS RENDÓN DE RÍOS y JOSÉ SANTIAGO RESTREPO, de cuyos dichos se desprende que en horas de la noche del 31 de diciembre de 2.013 por boca de la Sra. MPML se enteraron de la desaparición de la menor HEIDI YULIANA RESTREPO, quien era buscada afanosa e infructuosamente por su madre[[11]](#footnote-11); d) Los testimonios absueltos por JULIÁN DAVID LÓPEZ CABAL y HÉCTOR JAVIER BETANCUR, quienes respectivamente aseguraron haber visto a la Procesada en compañía de su hija cuando ambas transitaban por la calle a eso de las 19:00 y las 19:30 horas del 31 de diciembre de 2.013, lo que a su vez desvirtuaba lo dicho por la Procesada cuando reportó la desaparición de su hija, la que supuestamente tuvo lugar después de las 18:40 horas; e) El testimonio rendido por ERNESTO SIMEÓN OCHOA, quien adveró que a eso de las 23:00 horas del 31 de diciembre de 2.013 vio a una mujer, la cual posteriormente identificó como a la Procesada MPML, en un lugar aledaño al sitio en donde se encontró sin vida el cuerpo de la joven reportada como desaparecida.

De lo antes expuesto se tiene que en el proceso existen pruebas que demostraban que la desaparición de la joven HEIDI YULIANA RESTREPO, cuyo cuerpo posteriormente fue encontrado sin vida, resultó ser producto de una farsa a la que acudió la Procesada MPML; lo que a su vez permite inferir como hecho oculto el consistente en que la Procesada acudió a esa patraña, con el protervo propósito de pretender encubrir su participación en la comisión del delito en el que le segaron la vida a su hija.

En suma, para la Sala no existe razón alguna que exculpe el proceder de la Procesada, quien se valió de semejante pantomima con la torticera intención de pretender demostrar algo que nunca ocurrió: la falaz desaparición de su hija, y de esa forma encubrir lo que en verdad si sucedió: la trágica muerte de su descendiente.

Acorde con todo lo dicho en los párrafos precedentes, la Sala concluye que si bien es cierto que en el proceso en contra de la Procesada MPML no existen pruebas directas del compromiso penal endilgado en su contra; de igual manera no se puede desconocer la existencia de una pluralidad de indicios que al ser apreciados conjuntamente, convergen en demostrar de manera indubitable el juicio de responsabilidad criminal que en la acusación se endilgó en contra de la Procesada de marras.

**2.3. La errónea calificación jurídica del delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal de la Procesada MPML.**

Mediante el presente cargo, el apelante denunció la ocurrencia de un error acaecido en la calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, los cuales en su opinión no se adecúan en el delito de homicidio agravado sino en el reato de homicidio preterintencional.

Según afirma el recurrente, dicho yerro tiene su fuente en una indebida apreciación del acervo probatorio, el cual era claro en demostrar que la Procesada en momento alguno procedió con el dolo que es propio del delito de homicidio, ya que cuando agredió físicamente a su menor hija, no lo hizo con el propósito de atentar en contra de su vida sino con la intención castigarla por la pérdida de la tarjeta *sim card*.

Para poder resolver la inconformidad planteada por el recurrente en contra de la calificación jurídica que tanto en la acusación como en el fallo confutado le dieron a los hechos delictuosos endilgados en contra de la acusada, la Sala inicialmente debe tener en cuenta que acorde con la definición que del delito preterintencional, como elemento del tipo subjetivo, como lo consagra el artículo 24 C.P., se entiende que dicha modalidad delictiva se presenta en aquellos eventos en los cuales el «*resultado, siendo previsible, excede la intención del agente»*.

De tal definición, se colige que el delito preterintencional consagra una especie de hibridación en la que se combina el dolo directo con la culpa con representación, lo cual es una consecuencia de un dual accionar del sujeto agente, quien inicia un comportamiento doloso que es deseado por Él, que ocasiona un resultado diferente y no querido que es mucho más gravoso de lo inicialmente pretendido, el que de una u otra forma era previsible.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los elementos que integran el delito preterintencional, tanto la jurisprudencia[[12]](#footnote-12) como la doctrina son coincidentes en afirmar que son los siguientes:

“- Que el tipo preterintencional se encuentre regulado como tal en la parte especial del Código Penal.

- Que pueda imputarse objetivamente el resultado que excedió la intención (relación de causalidad y relación del riesgo en el resultado).

- Que haya identidad de objeto material entre aquel hacia el cual se dirigió la conducta y aquel sobre el cual recayó el resultado excesivo.

- Que exista dolo de realizar una conducta que, con probabilidad, acarree hechos constitutivos de infracción penal.

- Que el resultado sea excesivo frente al que se perseguía con la conducta dolosa.

- Que el resultado sea previsible, de acuerdo con los criterios señalados para la conducta imprudente…..”[[13]](#footnote-13).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que con las pruebas periciales allegadas al proceso no se pudo demostrar cuál fue la causa de la muerte de la víctima, lo que, como bien lo adujo el médico forense ERVIN MONTOYA ZAPATA, es una lamentable consecuencia del estado de putrefacción en el que se encontraba el cadáver, lo que incidió, se reitera, para que no fuera posible determinar las causas del deceso de la finada.

Por lo tanto, en la actualidad no sabemos con absoluta seguridad si el deceso de la joven HEIDI YULIANA RESTREPO fue ocasionado por envenenamiento, apuñalamiento, sofocación o asfixia mecánica, o por el uso de elementos contundentes, lo cual tiene una gran incidencia en la acreditación del dolo, porque en muchas ocasiones el número y la gravedad de las heridas, sumado a los mecanismos empleados para la comisión del delito de homicidio pueden ser señales indicativas de que el sujeto agente actuó bajo el influjo del dolo de querer asesinar o de matar a la víctima, o sea con conocimiento de la ilicitud de su proceder y el deseo o la intención de hacerlo[[14]](#footnote-14).

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que en el proceso existen unos indicios que demostraban que la causa del deceso de la víctima se debió a una golpiza que a modo de reprimenda le propinó su madre por haber perdido una tarjeta *sim card*; y si a tal factor le adicionamos que acorde con las pruebas habidas en el proceso, entre ellas los testimonios absueltos por *YVAM*; JAIME ANDRÉS MARTÍNEZ; JOSÉ SANTIAGO RESTREPO y MANUEL FELIPE BETANCUR, se tiene que cuando la Procesada *corregía* a su descendiente lo hacía propinándole puños y patadas, o en su defecto mediante la utilización de cables de la energía eléctrica o de ganchos para colgar la ropa, ello a su vez le hace pensar a la Colegiatura que cuando la Procesada *reprendía* a su hija de manera tan aborrecible, era previsible que le causara u ocasionara en su integridad física un daño de mayor entidad diferente de aquel que deseaba cuando procedía de esa forma tan salvaje y brutal.

A lo anterior se le debe aunar que las reglas de la experiencia nos enseñan que cuando los padres, por cualquier razón, deciden reprender a sus hijos mediante el desueto método de los castigos físicos, en momento alguno quieren causarle a sus descendientes un daño físico de gravedad, ni pretenden atentar en contra de su vida, ya que supuestamente tales reprochables castigos físicos, pese a su naturaleza retributiva, persiguen un fin correctivo y educativo.

Siendo así las cosas, ante la falencia de las pruebas periciales que demuestren la causa de la muerte de la víctima, y acudiendo a lo que demuestran las pruebas indiciarias, la Sala es de la opinión que cuando la Procesada reprendió con esos salvajes castigos físicos a su hija en momento alguno actuó con el propósito o la intención de pretender atentar en contra de su existencia, pero como consecuencia de la manera tan bestial como la amonestaba al parecer «*se le fue la mano»,* lo que generó un resultado, que pese a ser previsible, nunca jamás fue querido ni deseado por la acusada como lo fue el trágico deceso de su descendiente.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, ya que en el *subexamine* se cumple con cada uno de los aludidos requisitos para considerar que la conducta enrostrada a la Procesada se adecuaba típicamente en el delito de homicidio preterintencional agravado, y por ende, para la Sala no existe duda alguna que tanto la Fiscalía como el Juzgado de primer nivel incurrieron en una errónea calificación jurídica dada a los hechos, los cuales no se adecuaban en el delito de homicidio agravado sino en el reato de homicidio preterintencional agravado, acorde con las circunstancias de agravación punitiva del # 1º del artículo 104 C.P. que se pregonan del artículo 105 ibídem.

Ahora, en lo que tiene que ver con la calificación jurídica que la Colegiatura le ha dado a los hechos, o sea la relacionada con el delito de homicidio preterintencional agravado, se podría decir que tal calificación jurídica es errónea porque supuestamente no existe el delito de homicidio preterintencional agravado, lo cual para la Sala no puede ser de recibo, si nos atenemos a que en el pasado dicha controversia se presentó durante la vigencia del Código Penal de 1.936 (Ley # 95 de 1936), en donde por parte de la jurisprudencia se decía que el delito de homicidio preterintencional no admitía la modalidad del delito de asesinato (homicidio agravado) y por ende solo estaba circunscrito al delito de homicidio simple. Pero de igual manera, no se puede desconocer que tal controversia fue zanjada a partir de la entrada en vigencia del Código Penal de 1.980 (Decreto # 100 de 1.980), en el cual se adoptó una fórmula, la cual se mantuvo vigente en el actual Código Penal (Ley # 599 de 2.000), en la que se estableció que el delito de homicidio preterintencional se podía pregonar tanto del delito de homicidio simple, como del reato de homicidio agravado.

Sobre la forma como se resolvió dicha controversia, la doctrina nacional en su momento expuso lo siguiente:

“Precisamente para resolver esta situación injusta e injurídica, el nuevo código remite la pena de la preterintención a la prevista en los tipos legales de homicidio simple y agravado (artículo 325). Desde este ángulo entonces bien puede hablarse ahora en los planos lógico jurídico y punitivo, de un homicidio agravado-atenuando. Es este uno de los aspectos centrales de la nueva fórmula en cuanto al homicidio preterintencional se refiere, que elimina por lo demás, la polémica planteada doctrinal y jurisprudencialmente sobre la pena imponible en el evento del homicidio ultraintencional…”[[15]](#footnote-15).

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la petición de nulidad deprecada por el apelante, quien insinuó que como consecuencia del yerro acaecido en la calificación jurídica se vulneró el principio de congruencia, debido a que la Fiscalía acusó y pidió condena por un delito diferente de aquel que demostraban las pruebas debatidas en el juicio, la Sala desde ya dirá que en el presente asunto no es factible acudir a la declaratoria de nulidad, porque tal entuerto se subsanaría con la aplicación de la teoría de *“La congruencia flexible”*, la que habilita para que el fallador de instancia se encuentre facultado para poder condenar al Procesado por un delito diferente del consignado en la acusación y en la petición de condena del Ente Acusador, siempre y cuando el reato novel, desde el ámbito de la punibilidad, sea más beneficioso para los intereses del acusado y no se altere o modifique el núcleo fáctico de la acusación.

Es de anotar que sobre la teoría de la congruencia flexible y de los requisitos para su procedencia, la Corte ha dicho lo siguiente:

“Según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa...”[[16]](#footnote-16).

En el caso en estudio, pese a que la Fiscalía la acusó por el punible de homicidio agravado, es factible condenar a la Procesada MPML por el delito de homicidio preterintencional agravado, por cuanto: a) Se está en presencia de reatos de igual genero delictivo, tanto es así que ambos se encuentran consagrados en el mismo título y capítulo del Código Penal; b) En ningún momento se afecta o modifica el núcleo factico de la acusación, el cual sigue siendo el mismo: La muerte de la menor por parte de su desalmada madre; c) El delito de homicidio preterintencional agravado desde el ámbito punitivo es menos gravoso que el delito de homicidio agravado.

En suma, al asistirle razón a la tesis de la inconformidad propuesta por el apelante, la Sala procederá a modificar el fallo opugnado en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra de la Procesada MPML, no lo es por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado sino por infringir el delito de homicidio preterintencional agravado. Lo que a su vez traería como consecuencia que las penas impuestas a la Procesada de marras deban ser redosificadas acorde con esta nueva realidad delictual.

Por último, un aspecto que no puede pasar desapercibido por la Colegiatura, es que si bien se podría pensar que la causa del deceso de la menor se debió a un acto de suicidio, generado como consecuencia del estado de ánimo que la aquejaba por los maltratos que le infligía su madre, como bien se refleja en las notas consignadas en su diario en la cuales expresaba su deseo de quitarse la vida; para la Sala tal hipótesis no puede ser de recibo por lo siguiente:

1. Dicha teoría fue desvirtuada por Medicina Legal, cuando en la ampliación del dictamen pericial de necropsia forense, se adujo que por el contexto del caso, se descartaba en un 100% que la causa de la muerte violenta hubiera podido ser el suicidio.
2. Del informe rendido por la Psicóloga Gloria Estela Jaramillo López, quien estuvo analizando el contenido del diario de la menor, el cual puede ser considerado como una especie de “autopsia psicológica”, la cual consiste en el análisis que los peritos en Psicología y Psiquiatría hacen de las notas dejadas por un difunto para determinar si la causa del deceso se debió al suicidio, se puede determinar que en el presente asunto, el deceso de la menor no fue producto de un suicidio, ya que dicha Profesional expresó: a) Que notaba en el contenido de esas anotaciones, un deseo por parte de la joven de triunfar, de salir adelante, de superar obstáculos y afrontar los conflictos que la aquejaban, lo que en opinión de la perito constituía a una posición optimista que la menor tenía de la vida; b) Las expresiones de la menor de querer atentar contra su vida, según la perito, constituían era una especie de llamado de auxilio o de socorro que Ella hacía para encontrar una solución al problema de maltrato infantil al que era sometida por parte de su madre.
3. De igual manera, la Sala no puede desconocer que acorde con el indicio grave de manifestaciones posteriores al delito que se infirió en contra de la procesada, no existe duda alguna que el comportamiento posterior que ella asumió después de la comisión del delito es más bien propio de una persona que participó en su perpetración, que de alguien que era ajeno al mismo, lo cual descarta de tajo la tesis del supuesto suicidio.

En suma, para la Colegiatura no puede ser de recibo la hipótesis consistente en que la probable causa de la muerte de la menor se debió a un suicidio, y más por el contrario, acorde con el análisis que hemos efectuado del acervo probatorio, las pruebas indiciarias habidas en el proceso son indicativas de que la posible causa del deceso de la menor se debió a una brutal golpiza que le infligió la procesada como castigo por haber perdido una tarjeta *sim card.*

**- Conclusiones:**

Acorde con todo lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* En momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la Defensa en la alzada.
* En el proceso existía un cúmulo de indicios graves que, al ser apreciados conjuntamente, demostraban de manera indubitable el compromiso penal endilgado en contra de la Procesada MPML.
* Por parte de la Fiscalía y del Juzgado de primer nivel se incurrió en una errónea calificación dada a los hechos jurídicamente relevantes, los cuales no se adecuaban en la comisión del delito de homicidio agravado sino en el reato de homicidio preterintencional agravado.
* No es necesario acudir a la declaratoria de nulidad del proceso para enmendar el yerro en el que se incurrió en la inadecuada calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, porque tal error se puede subsanar con la aplicación de la teoría de la congruencia flexible.
* El Juzgado *A quo*, al momento de dosificar las penas, acudiendo al primer cuarto de punibilidad, aplicó correctamente el sistema de cuartos, pero se equivocó cuando procedió a individualizar las penas, porque ignoró una serie de circunstancias que generaban un mayor juicio de reproche en contra del proceder de la acusada, lo que ameritaba que se debiera aplicar el límite superior del primer cuarto de punibilidad.
* Era irrelevante la controversia surgida por la no aplicación de las circunstancias específicas de agravación punitiva consagradas en el artículo 200 de la Ley 1.098 de 2.006, debido a que dichos agravantes solo son aplicables al delito de lesiones personales y no al de homicidio.

En suma, la Sala modificará el proveído confutado, en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra de la Procesada MPML no lo es por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado, sino por infringir el delito de homicidio preterintencional agravado. Lo que a su vez trae como consecuencia que las penas impuestas a la Procesada de marras deban ser redosificadas acorde con esta nueva realidad delictual.

**- La dosificación punitiva.**

Como consecuencia del cambio que en este proveído se hizo de la calificación jurídica del delito por el cual se declaró la responsabilidad penal de la Procesada, el cual no corresponde al reato de homicidio agravado sino al punible de homicidio preterintencional agravado, le corresponde ahora a la Sala redosificar las penas que la encausada debe purgar, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

* El delito de homicidio preterintencional agravado, consagrado en los artículos artículo 104, # 1º, y 105 del C.P. es sancionado con una pena de 200 a 400 meses de prisión.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra de la Procesada no se endilgaron agravantes genéricos aunado a que en su favor tiene la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales, al aplicar el sistema de cuartos, acorde con lo consagrado en el inciso 2º del articulo 61 C.P., la Sala acudirá al primer cuarto de punibilidad, el cual se encuentra comprendido entre 200 hasta ≤250 meses de prisión.
* Al momento de individualizar la pena, como ya se dijo en párrafos anteriores, la Sala es de la opinión que se debe aplicar la pena máxima del primer cuarto de movilidad, o sea la de 250 meses de prisión[[17]](#footnote-17), como consecuencia de la gran alarma social y del mayor juicio de reproche que generó el comportamiento delictivo asumido por la Procesada MPML.
* En lo que atañe con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, esta corresponderá a veinte años, como quiera que acorde con las disposiciones del inciso 1º del articulo 51 C.P., dicha pena no puede exceder de tales límites punitivos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales en favor de la declarada penalmente responsable, la Sala es de la opinión que como consecuencia del monto de las penas impuestas, no se cumplen los requisitos objetivos para la concesión de tales sustitutos.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de La Virginia en las calendas del 1º de junio del 2.015, en lo concerniente a la declaratoria de responsabilidad penal de la señora MPML, pero se **MODIFICARÁ** dicho fallo, en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de la Procesada, lo es por incurrir en la comisión del delito de homicidio preterintencional agravado.

**SEGUNDO: REDOSIFICAR** las penas impuestas a la Procesada MPML, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en su contra por incurrir en la comisión del delito de homicidio preterintencional agravado, las cuales corresponderán a la pena de 20 años y 10 meses de prisión, y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años.

**CUARTO: CONFIRMAR** el fallo confutado en todo aquello que tiene que ver con la negativa de subrogados y de sustitutos penales en favor de la declarada penalmente responsable.

**QUINTO:** Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. La Sala considera que en el presente asunto no se torna necesario anonimizar a la víctima, porque con tal acto en momento alguno se le estarían conculcando los derechos a la honra y al buen nombre, y más por el contrario acorde con la gravedad de lo acontecido creemos que la víctima debe ser visibilizada. [↑](#footnote-ref-1)
2. Pese a que de lo acontecido se inferían las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los # 2 y 5 del artículo 58 C.P. relacionadas con el motivo abyecto o fútil y el abuso de las condiciones de superioridad que el sujeto agente tenía sobre la víctima. [↑](#footnote-ref-2)
3. Recordemos que el cuerpo de la difunta estaba con los pantalones y los calzones abajo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cuando los hechos acaecieron Ella tenía unos 3 años y 5 años cuando testificó en el juicio. [↑](#footnote-ref-4)
5. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico»*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de diciembre de 2018. SP5286-2018. Rad. # 51543. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de septiembre 2009. Rad. # 31795 M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios # 48 y 49 del cuaderno # 2. (Negrillas en mayúsculas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo narrado por el testigo ERNESTO SIMEÓN OCHOA se encuentra documentado en el álbum fotográfico identificado por la Fiscalía como elemento material de prueba # 22. [↑](#footnote-ref-9)
10. Nos referimos al colchón o colchoneta que se dice que era de propiedad de la víctima. [↑](#footnote-ref-10)
11. Según decir del testigo JOSÉ SANTIAGO RESTREPO, a eso de las 20:30 horas se enteró de la desaparición de su hija por una llamada telefónica que le hicieron. [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto se pueden consultar entre otras la sentencia del 18 de junio de 2.008. Rad. # 29.000 y la sentencia del 14 de marzo de 2.002. Rad. # 15.663, ambas proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-12)
13. CASTRO SANDRA JEANNETTE, et al, en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lección 14: Tipo Subjetivo. Página # 245. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2.002. [↑](#footnote-ref-13)
14. Lo cual corresponde a los elementos cognitivos y volitivo del dolor. [↑](#footnote-ref-14)
15. GÓMEZ MÉNDEZ ALFONSO: Delitos contra la vida y la integridad personal. Página # 153. 2ª Edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1.994. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de agosto de 2.018. SP3580-2018. Rad. # 46227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-16)
17. Que sería lo mismo que 20 años y 10 meses de prisión. [↑](#footnote-ref-17)