

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA**

SALA Nro. 4 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, primero (1º) de septiembre de dos mil quince (2015)
Acta No. 401
Hora de lectura: 2:30 p.m.

Radicación	66001 60 00 248 2012 00960-02
Procesada	M.C.CH.O.
Delitos	Homicidio agravado
Juzgado de conocimiento	Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira
Asunto	Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de la adolescente MCCHO¹ y la delegada de la FGN contra la sentencia del 1 de junio de 2013 del juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira, donde se declaró responsable a la menor MCCHO por el delito de homicidio agravado y se le impuso una sanción de privación de la libertad por un período de ochenta meses.

2. ANTECEDENTES

2.1 El contexto fáctico del escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación² es el siguiente:

¹ El artículo 153 del C.I.A. dispone lo siguiente: "Las actuaciones procesales adelantadas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados y los organismos de control La identidad del procesado, salvo para las personas mencionadas en el inciso anterior gozará de reserva..."

² Folios 18-26

- El 3 de septiembre de 2012 entre las 6:30 la tarde y 7:30 de la noche, Daniela Melisa Triviño Rodríguez, quien laboraba en el establecimiento comercial "Éxito", ubicado en el municipio de Dosquebradas, al finalizar su jornada laboral habitual, tomó un taxi con destino al sector conocido como La Romelia, donde ingresó a una cafetería. Seguidamente abordó un vehículo particular y posteriormente se reportó su desaparición.
- Mediante diversas labores investigativas e informaciones de la familia se conoció del estado de embarazo de la joven Triviño Rodríguez, que fue corroborada con un examen de laboratorio practicado en una clínica de la ciudad y por lo dicho por ésta a sus familiares y allegados sobre el hecho de que el padre del hijo que esperaba era Leonardo Gañán Álvarez, quien rindió una entrevista en la que incurrió en graves inconsistencias.
- Se obtuvo información sobre el asesinato de Daniela Melisa Triviño Rodríguez, que se había perpetrado en un vehículo prestado por César Augusto Romero Gutiérrez, al citado Gañán Álvarez, sobre el cual se realizaron tomas de muestras de análisis de fluidos, que podrían corresponder a sangre o semen, ubicados en la silla del copiloto. El señor Romero informó que había facilitado su carro a Leonardo Gañán Álvarez, en horas de la tarde del día de la desaparición de la joven. Ulteriormente se ubicó el teléfono móvil que pertenecía a la víctima, en inmediaciones del lago "La Pradera" de la localidad de Dosquebradas.
- El 13 de septiembre de 2012, se practicó interrogatorio de la adolescente M.C.CH.O, quien de manera libre, voluntaria y espontánea, indicó el sitio en el que se encontraba el cuerpo de Daniela Melisa Triviño Rodríguez, que fue ubicado en una zona boscosa de la vereda "El Ovito", comprensión territorial de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, en la vía que conduce a Termales de San Vicente. De acuerdo al resultado de la necropsia, la causa de la muerte fue anoxia mecánica por sofocación. Manera de muerte compatible con homicidio.
- El 14 de septiembre de 2012, en el Juzgado 1º Penal Municipal para Adolescentes con función de control de garantías de Pereira, la Fiscalía formuló imputación en contra de la menor M.C.CH.O, como coautora del delito de homicidio agravado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 103 y 104 numerales 7º y 11º del Código Penal. Los cargos fueron aceptados por la inculpada. En esa oportunidad se le

impuso medida de internamiento preventivo en centro de atención especializada.³ La acusación se formuló en los mismos términos.

2.2 El proceso le correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira, que convocó a las partes con el fin de realizar la correspondiente audiencia de imposición de sanción, el 9 de noviembre de 2012. En dicha oportunidad la adolescente M.C.CH.O indicó que se retractaba de su allanamiento a cargos, lo que fue aceptado por el juez de conocimiento, quien ordenó devolver la actuación a la Fiscalía de origen. La decisión adquirió firmeza en el acto.⁴

2.3 La audiencia de formulación de acusación se desarrolló el 28 de noviembre de 2012. En ese acto procesal, la fiscalía acusó a la menor M.C.CH.O., como coautora de la conducta punible de homicidio agravado de acuerdo con los artículos 103 y 104 numerales 7º y 11º del C.P. La audiencia preparatoria se inició el 19 de diciembre de 2012 y se suspendió ante la interposición de un recurso de apelación por parte de la defensa, que fue desatado por esta Sala de Asuntos Penales para Adolescentes con auto del 11 de febrero de 2013.⁵

2.4 La audiencia de juicio oral se inició el 12 de marzo de 2013, continuó durante los dos días siguientes, y se vio suspendida por la interposición de un recurso por parte de la Fiscalía General de la Nación, del cual pocas horas después desistió.⁶ La vista pública continuó durante el 19 de marzo de ese año, pero fue suspendida a instancias de la defensa, argumentando imposibilidad de asistir pues contaba con otras audiencias programadas que no pudieron ser canceladas.⁷ Finalmente el juicio se tramitó los días 3, 29 y 30 de abril de 2013 (folio 115 y 139 a 140).

3. LA DECISIÓN IMPUGNADA

3.1 La sinopsis de la decisión adoptada por el juez de primer grado es la siguiente:

- Se acreditó debidamente la ocurrencia de los hechos, con el acta de inspección técnica al cadáver de quien en vida respondió al nombre de DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRÍGUEZ, el protocolo de necropsia donde se describieron las lesiones que presentaba el cuerpo de la víctima y su registro civil de defunción. Según la certificación del médico legista, la causal básica de muerte fue: "Anoxia mecánica

³ Folios 2-4

⁴ Folios 16-17

⁵ Folios 60-78

⁶ Folios 105-110

⁷ Folios 112-113

por sofocación. MANERA DE MUERTE: Violenta compatible con homicidio."

- No se aceptó la argumentación del defensor sobre la falta de demostración de la causa de la muerte de la occisa, que sustentó en el dictamen que presentó en el juicio el Dr. Jairo Castro Muñoz, perito de la defensa, quien contravirtió las conclusiones del dictamen proferido por el profesional del Instituto de Medicina Legal que se encargó de realizar la necropsia, ya que el Dr. Castro terminó por admitir que la asfixia se pudo producir por presión en la boca o la nariz de la víctima o por el empleo de una bolsa, fuera de que reconoció que no tuvo a la mano las fotografías tomadas al cadáver, donde se mostraban las lesiones en esas partes del cuerpo.
- Ninguno de los testigos que compareció al juicio dijo haber visto a MCCHO cavando la fosa donde fue encontrado el cadáver de la ofendida; efectuando alguna acción dirigida a acabar con su vida, ni sepultando su cuerpo. Sin embargo al juicio se allegaron pruebas que desvirtuaron la presunción de inocencia que amparaba a la procesada.
- El *A quo* hizo un recuento de los antecedentes que rodearon la desaparición inicial de Daniela Melisa Triviño Rodríguez y de las labores investigativas adelantadas, refiriendo la llamada que recibió la investigadora Diana Isabel Capera Niño, donde una "fuente no formal" le informó a través de una llamada telefónica que conocía de la desaparición de la víctima, luego de lo cual se logró en entrevistar a Ana María López, quien dijo que una amiga de estudios llamada MCCHO, le había contado sobre su participación en el homicidio de Daniela Melisa Triviño, en compañía de Leonardo Gañán; sobre el hecho de que el cuerpo de esa joven fue enterrado cerca de Santa Rosa de Cabal Risaralda; el móvil del homicidio que fue el estado de embarazo de la víctima; y que se había quedado con el celular de la persona asesinada, el cual arrojó luego al lago "La Pradera" de Dosquebradas por solicitud del mismo Gañán. Además Ana María López manifestó que MCCHO le había dicho que había sido mordida un dedo de la mano por Daniela Melisa Triviño, cuando intentaba asfixiarla con una bolsa, lesiones que observó la informante, que fue entrevistada varias veces por los investigadores.
- Luego de otras indagaciones, referidas en el fallo, se entrevistó a MCCHO, con el lleno de las formalidades legales, quien inicialmente se mostró ajena a los hechos, pero luego aceptó su responsabilidad, manifestando que en compañía de su novio Leonardo Gañán, le habían dado muerte a la joven Triviño, por causa del estado de gravidez que presentaba.
- Lo expuesto en esa diligencia por MCCHO sobre su participación en el

homicidio, se confirmó con el testimonio de la investigadora Diana Carolina Guerrero Narváez. Además se comprobó que la menor MCCHO condujo a los investigadores al lugar preciso donde se encontró el cadáver de la joven asesinada, a un lado de la vía que de Santa Rosa conduce a los Termales San Vicente. Al continuar su interrogatorio, la menor procesada manifestó que Leonardo Gañán se sentía "acosado" por el embarazo de Daniela Melisa Triviño, por lo cual planearon el hecho el 2 de septiembre de 2012, y para el efecto, el 3 de septiembre del mismo año en horas de la mañana cavaron la fosa donde la iban a sepultar. Igualmente se demostró que ese mismo día, en horas de la noche, luego de recoger a la víctima en un vehículo conducido por Leonardo Gañán, MCCHO quien estaba escondida en la parte trasera del automotor le dio muerte junto con Gañán a la joven Triviño, para lo cual le apretaron el cuello y le taparon la boca provocando la muerte por asfixia y luego procedieron a enterrarla en el lugar indicado. Además según esta misma declarante MCCHO les manifestó que en medio del forcejeo, Daniela Melisa le había mordido un dedo.

- La citada investigadora confirmó lo expuesto por MCCHO en ese interrogatorio. Además su relato fue confirmado por otras personas que asistieron a esa diligencia, como el Defensor de Familia Luis Fernando Sánchez Triana, en relación a las circunstancias en que fue asesinada Daniela Melisa Triviño, y la participación de MCCHO en los hechos, quien expuso además que la FGN nunca le ofreció beneficios a la adolescente para que colaborara con la investigación y que en el acta del interrogatorio se dejó constancia que la citada joven se habían respetado sus garantías. El juez de primer grado igualmente hizo referencia a las labores investigativas que adelantó el investigador Alexander Ríos Pérez, quien informó sobre los datos que obtuvo en las entrevistas que sostuvo con Ana María López; lo sucedido en el interrogatorio que se hizo a MCCHO y la indicación que esta le hizo sobre el sitio donde se hallaba el cadáver de la finada.
- Los tres testigos citados fueron coincidentes al narrar lo que percibieron durante el interrogatorio de MCCHO, en lo relativo a la planeación y ejecución del homicidio que consumó en compañía de Leonardo Gañán y la manera como ocultaron el cuerpo de la persona asesinada. A su vez Ana María López compareció al juicio oral para manifestar lo que le dijo su amiga MCCHO sobre los antecedentes del homicidio de Daniela Melisa Triviño; su intervención en el crimen y sus actuaciones posteriores. La misma testigo hizo mención de las lesiones que presentaba MCCHO consistentes en un mordisco en un dedo y un "arañazo" junto a la boca.
- El hecho de que MCCHO hubiera conducido a los investigadores y

otras personas al sitio donde fue sepultada la occisa, constituye un indicio de suma gravedad frente a su responsabilidad, si se tiene en cuenta las dificultades que se presentaban para arribar a ese lugar, situación que fue debidamente demostrada en el juicio oral, ya que de ello se deduce su presencia anterior en ese paraje, precisamente cuando se cavó la fosa donde iba a ser enterrada la víctima, tal como dijo en su interrogatorio, lo que resultó conforme con lo que le contó a su amiga Ana María López, cuyas manifestaciones fueron corroboradas con las pruebas practicadas en el juicio oral. A su vez la información que suministró a los investigadores fue entregada cuando se desconocía totalmente la identidad de los posibles autores del delito; no se sabía que la joven desaparecida había sido asesinada, ni se conocía el lugar de su sepultura, por lo cual su aporte a la investigación fue fundamental.

- Se probó otro hecho indicante, como la solicitud que le hizo MCCHO, cuando estaba acompañada de Leonardo Gañán, a su amigo Daniel Ramírez Orozco para que le prestara una pala la noche anterior al homicidio.
- Los períodos que los abonados telefónicos de MCCHO y Leonardo Gañán no registraron comunicación entre sí, fue porque sus usuarios se encontraban juntos, llegándose a esa conclusión por la gran afluencia de llamadas registradas entre ellos ese mismo día y con lapsos cortos de tiempo entre las mismas.
- El Despacho hizo referencia a esta conclusión emitida por el investigador criminalística Jorge Mario Duque García, pues la mismo resulta atinada si se tiene en cuenta los horarios en que ocurrieron los hechos. El rastreo que se hizo a los teléfonos celulares de Leonardo Gañán y MCCHO el 3 de septiembre de 2012, a las 13.06 y 13.09 horas demostró que la procesada estuvo ese día en inmediaciones de Santa Rosa de Cabal, donde ocurrió el homicidio de la ofendida y previamente se tuvo que cavar la fosa para enterrarla. A la vez del informe señalado como evidencia número cinco de la Fiscalía, se deduce que ese día hubo constantes llamadas entre esas personas lo que llevó a concluir que el hecho de que existieran períodos en los que no hubo comunicación telefónica entre MCCHO y Gañán, se debió a que se hallaban juntos en ese momento.
- Desde un principio se estableció que el móvil del homicidio fue el estado de embarazo de Daniela Melisa Triviño, que se probó en el proceso.
- La aplicación del principio de libertad probatoria que establece el artículo 373 del CPP, permite sustentar el fallo en prueba indiciaria, como se ha expuesto en diversos precedentes, entre ellos CSJ SP del

30 de marzo de 2006, Rad. 24469.

- La FGN probó unos hechos que dada su relevancia y peso probatorio, no fueron desvirtuados con la prueba presentada por la defensa, lo que lleva a concluir que MCCHO, fue coautora del homicidio agravado por el que fue acusada, ya que existe convencimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad, que no se basa exclusivamente en prueba de referencia, como lo alega la defensa, pues la principal fuente de incriminación fue lo que dijo la adolescente MCCHO en su diligencia de "interrogatorio a indiciada", que se confirmó con la prueba testimonial aducida al proceso.
- Finalmente el A quo hizo referencia a los factores de graduación de la sanción previstos en el artículo 179 del CIA y lo dispuesto en el artículo 187 *ibídem*. En consecuencia fijó la consecuencia jurídica del hecho en 80 meses de privación de la libertad, a efectos de que la adolescente MCCHO fuera sometida a los programas especializados que brinda el ICBF en la Institución Marceliano Ossa, para garantizar su reinserción a su núcleo social y familiar. Para ello consideró que en virtud de la colaboración inicial que prestó MCCHO para el esclarecimiento de los hechos, no se debía imponer el máximo de la sanción, como lo demandó la delegada de la FGN.

3.2 La sentencia fue recurrida por el defensor de MCCHO y la representante de la FGN.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Esta Sala es competente para conocer de esta actuación en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del C.I.A.

4.2 Consideraciones iniciales

4.2.1 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta Sala Mixta sólo se ocupará de los temas sobre los cuales se recurrió el fallo de primer grado, tanto por la defensa como por la FGN. Sobre este punto se cita la parte pertinente de CSJ SP del 11 de abril de 2007, radicado 26128.⁸

⁸ (...) Ahora bien, resulta igualmente claro que el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación.

Frente a este último punto, recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política, que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

4.2.2 Adicionalmente es necesario manifestar que en aplicación del principio de selección probatoria, referido en CSJ SP del 15 de junio de 2011, radicado 29.750, donde se hizo mención de CSJ SP del 29 de octubre de 2003, radicado 19737, no se considera necesario examinar la totalidad de la prueba practicada en el juicio adelantado contra MCCHO, en la medida en que existen EMP, que no guardan ninguna relación con los temas objeto de la impugnación.⁹

4.3 SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS

4.3.1 Sobre el recurso interpuesto por el apoderado de la adolescente MCCHO se hará referencia en los apartados 4.4 y siguientes de la presente providencia.

4.3.2 El delegado del Ministerio Público y la Defensora de Familia no se pronunciaron sobre el recurso presentado por el defensor de la sentenciada.

4.3.3 El juez de conocimiento manifestó que la delegada de la FGN sustentaría su recurso por escrito¹⁰

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales. (Subrayas fuera del texto original)

Ahora bien, el hecho de que al sentenciador de segunda instancia se le plantee en la impugnación una inconformidad relacionada con la valoración de una prueba específica, ello no significa que el ad quem no pueda, en aras de su labor constitucional y legal, evaluar el conjunto probatorio para lograr, dentro del marco de la legalidad, adoptar sus conclusiones.

En otros términos, en tratándose de inconformidades que radiquen sobre el grado de persuasión otorgado a un elemento de juicio, tal aspecto no puede ser analizado de manera insular frente a las demás conclusiones probatorias, habida cuenta que las pruebas deben ser valoradas con estrictez a las reglas de la sana crítica, es decir, que las probanzas deben ser apreciadas de manera individual y mancomunada con el fin de declarar como probados o no los hechos que se discuten al interior del proceso.

De ahí que en lo atinente al punto de discusión probatoria, tal situación debe ser examinada por la instancia de manera particular respecto de la ocurrencia del defecto invocado y socialmente en torno con los demás elementos de juicio, a efecto de verificar si el yerro de apreciación probatoria resultó trascendente frente a la masa probatoria...".

⁹ "en virtud del principio de selección probatoria, no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de todos y cada uno de sus extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importantes para el pronunciamiento a tomar, de suerte que sólo existirá error de hecho por omisión o mutilación, cuando aparezca claro que el medio, o un fragmento del mismo, fue realmente ignorado, siendo probatoriamente relevante"⁹.

¹⁰ La delegada de la FGN se pronunció como no recurrente frente al recurso de la defensa. La sinopsis de su intervención es la siguiente :

- No es cierto que el fallo se hubiera dictado con base en pruebas de referencia, ya que existen pruebas directas que comprometen la responsabilidad de MCCHO con los cuales se reúnen los requisitos del artículo 381 del CPP.
- En ese sentido obra el testimonio de "Daniel N" y especialmente de la joven Ana María López quien obtuvo información directa que le suministró la procesada sobre los hechos, la cual fue verificada con la

prueba que se aportó al proceso, en el sentido de que el cuerpo de la víctima estaba en una fosa en zona rural de Santa Rosa de Cabal, lo que se comprobó con la presencia de un investigador de la FGN; un Defensor de Familia y la abogada que asistía a la joven MCCHO.

- Obra constancia de que se suspendió ese interrogatorio de MCCHO, mientras se desplazaban al sitio que ella indicó, como consta en el documento respectivo firmado por las personas que estuvieron presentes cuando los restos fueron hallados, en el lugar donde también estuvo presente la menor MCCHO, tal y como aparece consignado en el interrogatorio que rindió el cual fue recibido con todas las formalidades legales. La misma Ana María López informó que MCCHO le dijo que entre ella y su novio habían asfixiado a Daniela Melisa Treviño lo que se comprobó con el dictamen del Instituto de Medicina Legal que se introdujo con el médico legista que indicó que la muerte fue causada por asfixia. Además la joven López tuvo percepción directa de la mordida que la víctima le hizo a MCCHO, lo que se comprobó con el relato que hizo en su interrogatorio en presencia de las personas que estuvieron presentes en ese acto. Igualmente se corroboró la información entregada por la joven López que permitió el hallazgo de un teléfono celular del cual trató de deshacerse MCCHO que fue recuperado por un investigador de la FGN.
- El investigador Ríos fue testigo directo de las gestiones que se hicieron para recuperar el citado celular que había sido arrojado al lago "La Pradera". A su vez el perito Jorge Mario Duque García rindió testimonio directo sobre las llamadas que se hicieron de ese celular. Por su parte el investigador Ríos declaró que esos actos de investigación se habían legalizado ante un juez con función de control de garantías, frente a lo cual la defensa guardó silencio al no contrainterrogar de manera efectiva a esos testigos cuyos dichos pretende desvirtuar.
- La defensa no pidió el ingreso del informe del psicólogo del Instituto Marceliano Ossa y sólo vino a indicar de manera extemporánea que se trataba de una prueba relevante. Lo que quedó claro fue que el psicólogo de esa entidad no le hizo ninguna valoración a MCCHO, ya que no poseía las calidades profesionales para hacerla y se limitó a presentar un concepto con base en un cuestionario que no está avalado en el país y con su contrainterrogatorio se estableció que no estaba en capacidad de hacer ese tipo de valoraciones, sino que ese documento correspondía a un informe del grupo familiar de MCCHO, que no fue usado por la defensa.
- La prueba indiciaria tiene validez en el sistema de la ley 906 de 2004, tal como lo ha expuesto la SP de la CSJ, en diversos precedentes que citó en su réplica.
- El agravante derivado del estado de gravidez de la víctima fue debidamente demostrado con la prueba de laboratorio que ingresó la FGN, que además introdujo prueba testimonial sobre ese punto. Igualmente se anexó prueba pericial en ese sentido. Del mismo modo se probó lo relativo al estado de indefensión de la víctima, que mediante engaños fue ingresada a un vehículo, cuando actuaba de manera desprevenida. Además esa causal de agravación se desprende de las diversas lesiones que presentaba el cuerpo de la joven Triviño en su espalda, lo que era indicativo de una actitud rastrera, según el dictamen presentado en el proceso, que no fue conocido por el perito médico presentado por la defensa, quien fue el que planteó la hipótesis de que la sofocación se había causado con un lazo, situación que no fue referida por ninguno de los testigos de la FGN, aunque ese profesional sí reconoció que se presentó asfixia mecánica, al existir lesiones en los labios de la joven asesinada, causadas por la presión que se le hizo con una mano para asfixiarla que fue la causa de su muerte según lo probado en el proceso.
- El cadáver de la joven Triviño sí fue identificado debidamente. No se puede desconocer el dictamen del médico legista donde se consigna que su identificación se hizo a través de un dactiloscopista, ni el hecho de que los padres de la víctima reconocieron su cuerpo por sus características físicas y sus ropas. Fuera de lo anterior, la misma MCCHO dijo claramente que cadáver de Daniela Melisa Triviño estaba en una fosa y señaló en el sitio donde se encontraba, por lo cual a partir de ahí se efectuaron los reconocimientos por sus progenitores y el dactiloscopista, debiendo aplicarse el principio de libertad probatoria, frente a los actos que permitieron la identificación de la finada.
- Se debe confirmar la decisión recurrida ya que en este caso se practicaron una gran cantidad de pruebas que demostraron la teoría del caso de la FGN, según la cual MCCHO fue coautora del homicidio investigado.

4.4 SOBRE EL RECURSO PROPUESTO POR EL DEFENSOR DE MCCHO

PRIMER TEMA

El primer problema jurídico planteado por el defensor de MCCHO, tiene que ver con la existencia de un presunto "falso juicio de existencia" que afecta la sentencia de primer grado, ya que a su juicio no se demostró que el cadáver encontrado en la vía hacia el sector de "Termales" del municipio de Santa Rosa de Cabal, correspondiera efectivamente a quien en vida se llamó Daniela Melissa Triviño.

La argumentación de la defensa en ese aspecto puntual se fundamenta en el hecho de que se presentó un vacío probatorio sobre ese hecho que no se podía suplir con lo expuesto en el protocolo de necropsia, ya que en ese documento se dice que se enviaron varias muestras y estudios mencionados en la evidencia No.3, que refiere el envío al laboratorio de dactiloscopia, para toma de huellas para identificación de cadáveres. Sin embargo ninguno de los 33 testigos que presentó la FGN en el juicio dijo que se había realizado el estudio de lofoscopia, una prueba de ADN o el examen de la carta dental de la víctima, que eran necesarios máxime si se trataba de un cadáver en descomposición, por lo cual no se probó la identidad de la víctima.

4.4.1 POSICIÓN DE LA SALA

Frente a esta argumentación, se considera que no le asiste razón a la defensa, ya que el cadáver de Daniela Melissa Triviño sí fue identificado debidamente. Para el efecto se debe tener en cuenta que en el juicio oral declaró el Dr. Ramón Elías Sánchez Arango¹¹, quien realizó la necropsia médico legal al cuerpo de la infortunada joven. Este profesional reconoció en medio de su testimonio el informe de necropsia que elaboró (Folios 61 a 664 Cuaderno de pruebas), en el cual aparece el nombre de Daniela Melissa Triviño con C.C. 1088289962, donde se certificó: "CAUSA BÁSICA DE MUERTE: "Anoxia mecánica por sofocación", prueba que fue admitida al juicio oral sin ninguna oposición de la defensa.

4.4.2 Para ahondar en motivos sobre este punto hay que manifestar que en el juicio oral también declaró el investigador del CTI Jorge Eliécer Martínez¹², quien dijo haber participado en la exhumación del cuerpo de la víctima y que le correspondió elaborar el informe y el acta de inspección técnica a cadáver (Folios 53 a 59), en el cual se colocó el nombre de la occisa que fue identificada como Daniela Melissa Triviño Rodríguez. Ese documento fue introducido al juicio oral, sin ninguna manifestación de la

¹¹ Sesión del juicio oral del 19 de marzo de 2013 Video 3. A partir de H.00.05.36

¹² Sesión del juicio oral del 14 de marzo de 2013 Video 14. A partir de H. 00.51.54

defensa. Para acabar de redondear la argumentación en ese punto, hay que manifestar que en la vista pública rindió testimonio el Patrullero Edwuar Zúñiga Calvache¹³, con este urbano se introdujo al juicio el certificado de defunción de Daniela Melissa Triviño de fecha 3 de septiembre de 2012 (Folio 60) que según su manifestación tenía la cédula de la joven asesinada, documento que reconoció este testigo en el juicio, sin que se hubiera formulado ningún reparo por parte de la defensa sobre esta prueba documental.

4.4.3 En consecuencia se estima que no le asiste razón la defensa en los reparos que formuló sobre este aspecto, relacionados con la presunta falta de identificación del cadáver de la víctima del homicidio y no queda duda alguna que la persona asesinada el 3 de septiembre de 2012, fue la citada Daniela Melissa Triviño Rodríguez.

4.5 SEGUNDO TEMA

El defensor de la procesada, igualmente censuró el fallo de primer grado, en un aspecto relacionado con el juicio de subsunción de la conducta atribuida a su representada, por considerar que no estaba demostrado lo relativo a la causal específica de agravación del homicidio contenida en el artículo 104-7 del CP esto es: "*Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación*", que fue una de las agravantes deducidas en el escrito de acusación.

POSICIÓN DE LA SALA

4.5.1 Con respecto a la argumentación del recurrente hay que manifestar inicialmente que en el juicio oral se practicaron diversas pruebas testimoniales relacionadas con las circunstancias antecedentes del homicidio de Daniela Melissa Triviño Rodríguez, entre ellas las declaraciones entregadas por Ana María Rodríguez Correa y Ricardo Huber Triviño¹⁴, madre y padre de la víctima, quienes se refirieron a la pérdida de contacto con su hija Daniela Melissa a partir de las horas de la noche del 3 de septiembre de 2012, y a las ingentes labores que realizaron para tratar de ubicarla, hasta que tuvieron noticia de su asesinato.

Se acreditó igualmente que la citada joven recibió llamadas en horas de la noche cuando cumplía sus labores como empleada de la empresa Direct TV en el almacén "Éxito" del municipio de Dosquebradas, y que fue recogida en ese sitio en horas de la noche del 3 de septiembre de 2012 por el taxista John Jairo Peláez Trujillo, quien la llevó hasta el sector de "La Romelia"

¹³ Sesión 14 de marzo de 2014. Video 15. A Partir de H.00.25.54.

¹⁴ Sesión del juicio oral 12 de marzo de 2013. Video 2. A partir de H.00.24.55

donde se hallaban dos vehículos¹⁵. Igualmente se estableció que uno de esos automotores, era un carro Mazda tipo "coupé", de color gris.

Con el testimonio del señor César Augusto Romero se logró comprobar que el día de los hechos le había prestado ese vehículo a Leonardo Gañán, de quien dijo era novio de MCCHO a quien identificó en la sala de audiencias¹⁶

En el juicio oral igualmente declaró Gloria Lucía Vera¹⁷, quien en su calidad de jefe del "Grupo de Desaparecidos" de la FGN para la fecha de los hechos, recibió la información inicial sobre la desaparición de la joven Triviño Rodríguez por parte de una adolescente que dijo ser amiga de MCCHO a quien se recibió una "entrevista no formal", lo cual fue corroborado con el testimonio que entregó la técnico del CTI Diana Isabel Capera Niño¹⁸, sobre las circunstancias que rodearon el crimen y la información que recibió en el sentido de que la joven Triviño había sido asesinada en un sector cercano al puente helicoidal y que los responsables del hecho eran Leonardo Gañán y MCCHO, quienes habían cavado previamente una fosa en la vía hacia Santa Rosa de Cabal según lo que la misma MCCHO le manifestó a la informante.

4.5.2 Se debe tener en cuenta que con base en esos datos iniciales, se pusieron en marcha las labores investigativas que fueron relatadas detalladamente en el juicio oral por el investigador del CTI Alexander Ríos Pérez¹⁹, quien expuso que había entrevistado a la "fuente no formal", relacionada como Ana María N., quien le comunicó la información que recibió de la menor MCCHO, de la cual se deducía que la procesada y Leonardo Gañán habían sido los autores del crimen; que Gañán había citado a la joven Triviño en el sector de "La Romelia", donde abordó un vehículo en el cual iba escondida MCCHO, quien asfixió a la víctima y dijo haber sufrido lesiones ante la reacción de Daniela Melisa, presentando un morado en una de sus rodillas por la presión que tuvo que hacer sobre el cuerpo de la víctima.

4.5.3 Esta secuencia de una parte de la prueba practicada en el juicio, conduce necesariamente a la declaración que entregó Ana María López Cárdenas, o sea la "fuente no formal", mencionada por los investigadores del CTI²⁰, sobre la conversación que sostuvo con MCCHO, donde esta le contó sobre su participación en el homicidio de la joven Triviño Rodríguez, y resulta sustancial en lo relativo a hechos sobre los cuales se cumple el requisito del conocimiento personal del testigo previsto en el artículo 402 del CPP, como los que pudo apreciar esta declarante, en el sentido de que

¹⁵ Sesión 12 de marzo de 2013 Video 1. A partir de H. 02.2.02

¹⁶ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 4. A partir de H. 00.16.00

¹⁷ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 4. A partir de H. 00. 29.10

¹⁸ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 4. A partir de H. 00..03.10

¹⁹ Sesión 13 de marzo de 2013 Video 4. A Partir de H. 00.23.40

²⁰ Sesión 19 de marzo de 2013. Video 1. A partir de H. 00.17.23

MCCHO tenía una lesión causada por un mordisco en uno de sus dedos índices, y además estaba "arañada" en su boca. Este testimonio debe aunarse a la prueba introducida con el señor Conrado Beltrán Robayo, técnico forense del Instituto de Medicina Legal²¹, quien con base en las evidencias recogidas hizo una reconstrucción virtual de los hechos, que se entiende se basó esencialmente en las manifestaciones que le hizo la menor MCCHO a su amiga Ana María López y lo que la adolescente MCCHO expuso en su diligencia de interrogatorio a indiciado. En esa animación, que se reitera fue efectuada con base en esos EMP (Folios 67 a 76 Cuaderno de pruebas), se presentaron unas proposiciones sobre la manera como se presentó el homicidio, que indican que en los hechos tuvieron participación dos personas, indicando el perito en mención lo siguiente: i) para ese estudio se utilizó el vehículo que le prestó César Augusto Romero Gutiérrez a Leonardo Gañán el día en que se presentó el homicidio²²; ii) se trataba del mismo automotor donde fue transportada la víctima hasta el lugar donde le dieron muerte; iii) según esa animación en un momento determinado "la niña" (que se entiende es MCCHO), se levantó de la parte trasera del vehículo donde iba oculta y trató de colocarle una bolsa en la cabeza a Daniela Melissa Triviño; iv) en ese momento se produjo un forcejeo y la víctima mordió a la agresora; v) la única manera de que Daniela Melissa hubiera soltado a la persona que la estaba atacando, era que hubiera sido golpeada hasta quedar "nockeada" en el asiento que ocupaba al lado del conductor del vehículo, por lo cual presentaba lesiones en su rostro y sus brazos que se causaron por presión; vi) esa situación explicaba porque MCCHO sufrió un golpe en su rodilla; vii) las lesiones en la espalda que presentaba el cadáver de Daniela Melissa se podían explicar por haber sido atacada por detrás por la persona que estaba en la parte posterior del carro; viii) la única persona que estaba en capacidad de agredir a la víctima en ese momento, era quien ocupaba la parte trasera del vehículo; ix) el automotor donde fue transportada Daniela Melissa Triviño tenía una dirección muy dura. Ese vehículo transitó por unos parajes desolados donde había muchas curvas, por lo cual se descartaba que la persona que lo conducía hubiera lesionado inicialmente a la joven que fue asesinada; x) como el cadáver presentaba lesiones en la espalda necesariamente tuvieron que ser causadas por la persona que las atacó por detrás; y x) Daniela Melissa Triviño no fue arrastrada hacia el sitio donde la sepultaron, sino que fue cargada por dos personas, situación que se deduce del hecho de que el chaleco y la ropa que vestía estaban recogidas y de que las medias que usaba no estaban impregnadas de tierra.

El citado técnico del Instituto de Medicina Legal que fue encargado de hacer la animación que se introdujo en el juicio, relacionada con las hipótesis sobre los hechos (sobre las cuales no formuló ninguna objeción la defensa),

²¹ Sesión del 19 de marzo de 2013. Video 3. A partir de H. 01.06.12

²² Lo relativo al préstamo del automotor quedó debidamente establecido con el testimonio rendido en el juicio oral por el señor Romero Gutiérrez, en la sesión del 12 de marzo de 2013. Video 4. A partir de H. 00.16.00

expuso claramente que los diagramas que presentó en el juicio se basaron en diversas evidencias como informe de investigador de campo; el acta de exhumación del cuerpo de Daniela Melissa Triviño, la documentación fotográfica de la necropsia que se le practicó y una entrevista a Ana María López y en ese orden de ideas y con base en esa evidencia y el testimonio entregado por la citada testigo, la Sala asume que efectivamente se demostró que el homicidio investigado fue cometido por dos personas.

4.5.4 Adicionalmente se debe tener en cuenta que la FGN presentó en el juicio oral declarantes que estuvieron presentes en la diligencia de interrogatorio a indiciada que rindió MCCHO, como la Patrullera Diana Carolina Guerrero²³, quien dijo que luego de regresar del lugar donde MCCHO indicó que se encontraba el cadáver de Daniela Melissa Triviño, continuó el interrogatorio de esa adolescente, quien dijo que entre ella y Leonardo le habían apretado el cuello a la víctima hasta que dejó de respirar. Esta manifestación resulta confirmada con lo expuesto por el Dr. Luis Fernando Sánchez Triana, quien participó como Defensor de Familia en la misma diligencia que rindió la procesada²⁴, quien expuso que en el transcurso de ese acto la menor MCCHO dijo que entre ella y Leonardo Gañán le habían tapado la boca y la nariz a Daniela Melissa hasta que cesó su respiración²⁵.

4.5.5 En atención a lo expuesto, la Sala concluye que el asesinato de Daniela Melissa Triviño fue cometido por Leonardo Gañán y MCCHO, y que en razón de las circunstancias que rodearon ese crimen, se puede afirmar que la acción homicida se dirigió contra una persona inerte que iba absolutamente confiada en el señor Gañán, con quien había sostenido una relación sentimental en medio de la cual había quedado en estado de gestación. Sobre la existencia de esa relación se cuenta con prueba testimonial, entre la cual resulta relevante la afirmación de la señora Ana María Rodríguez Correa, madre de la víctima, quien expuso que su hija había tenido un noviazgo de 4 años con el citado Gañán, el cual había terminado a fines de junio o inicios de julio de 2012²⁶, lo que fue confirmado con la declaración del señor Ricardo Huber Triviño padre de la víctima ²⁷ y por la señora María Edith Rivera Carreño, tía de la joven asesinada²⁸.

En esas condiciones, el hecho de que la joven asesinada no hubiera tomado ningún tipo de recaudo o precaución antes de dirigirse al paraje de "La

²³ Sesión del 13 de marzo de 2013. Video 11 A partir de H. 00.03.00

²⁴ Sesión 19 de marzo de 2013 Video 4. A partir de H. 00.03.52

²⁵ Estas manifestaciones coinciden con lo consignado en el informe de necropsia que se introdujo al proceso a través del perito forense Ramón Elías Sánchez Arango, quien concluyó que en el caso de Daniela Melissa Triviño se produjo una "muerte violenta" y que los hallazgos en su cadáver eran compatibles con asfixia o sofocación por cierre de vías aéreas (asfixia mecánica o anoxia).

²⁶ Sesión del 12 de marzo de 2012. Video 2 a partir de H. 00.24.45

²⁷ Sesión juicio 12 marzo 2014 Video 2. A partir de H: 01.00 .29

²⁸ Sesión del 12 de marzo de 2013. Video 4 A partir de H. 00.03.24

Romelia" el 3 de septiembre de 2012 en horas de la noche, a encontrarse con Leonardo Gañán, luego de recibir una llamada de este, como lo expuso en el juicio Diana Carolina Henao Casafu, amiga de la víctima, quien se encargó de despedirla cuando se encontraban en el almacén "Éxito" del municipio de Dosquebradas²⁹, indica que Daniela Melissa Triviño abordó de manera desprevenida el automotor donde fue atacada posteriormente por MCCHO y Leonardo Gañán, quienes se aprovecharon de su evidente situación de inferioridad, recibiendo golpes en diversas partes de su cuerpo, situación que incluso fue admitida por el Dr. Jairo Castro Muñoz, perito forense de la defensa, quien si bien es cierto expuso que no compartía el concepto del médico que realizó la necropsia, en el sentido de que la muerte de la joven Triviño se produjo por anoxia por sofocación, si admitió que su deceso se produjo simultáneamente al momento en que se presentaron las lesiones evidenciadas en la necropsia, entre las cuales se encontraban hematomas subgaleales que revelaban la existencia de un trauma craneo encefálico.

4.5.6 En la sentencia CSJ SP del 26 de noviembre de 2014, radicado 44817 se hizo referencia a la causal de agravación específica para el delito de homicidio prevista en el artículo 104-7 del CP, en los siguientes términos:

"En el alegato inicial, la Fiscalía expresó que la agravante obedecía a que fueron atacadas personas indefensas, que estaban desprevenidas sin posibilidad de defenderse, que hubo aprovechamiento de la indefensión o inferioridad en que se encontraban los ofendidos. En el discurso final, a la par que reclamó absolución respecto del deceso de Adalbert Espitia, pidió condena en relación con el homicidio de John Anderson Arango Torres, de quien dijo se aprovechó la inferioridad en que se encontraba, pues estaba desprevenido.

El juez de instancia, avalado por el Tribunal, se detuvo en razonar sobre la demostración de la ocurrencia de las muertes y la credibilidad conferida al testigo de cargo, para sentar algunas frases respecto de que la prueba demostraba lo sorpresivo del ataque, que fue tan rápido que el declarante solo alcanzó a avisarle a su primo que se fueran de allí y este pudo llegar hasta su moto cuando le dispararon, que algunos impactos en el rostro indicaban una absoluta incapacidad de reacción.

²⁹ Sesión del 3 de abril de 2012 Video .A partir de H. 00.06.50

Para finalmente decir que reconocía que a Arango Torres "pudo no habersele ultimado por un motivo abyecto o fútil (dada la problemática que sirve de trasfondo a lo ocurrido)", pero "no se puede negar que se le asesinó en coparticipación criminal y sacando ventaja de su situación de indefensión o inferioridad, pues se le disparó a mansalva y sobre seguro mientras departía desprevenido en un local... al punto de haber resultado completamente inútil el descubrimiento hecho a último minuto por MILTON DARÍO VILLA TORRES, de ahí que se afirme -sin hesitación alguna- que la víctima no tuvo ninguna oportunidad de salvarse del intempestivo ataque".

2. Si bien no existe suficiente claridad, todo indica que el juzgador de instancia descartó la causal 4ª de agravación específica, lo cual se ratifica cuando en el proceso de dosificación punitiva solo alude al numeral 7º del artículo 104.

3. Respecto del último motivo de mayor punibilidad, cabe precisar que la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

*Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la **indefensión** comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una cosa es que el agresor haya **puesto** a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se **aprovecha** (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia).*

*Por su parte, la **inferioridad** es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y,*

por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia.

4. En ese contexto, en atención a los principios de legalidad preexistente y tipicidad estricta y para permitir un claro ejercicio del derecho a la defensa, se constituye en requisito necesario que, tratándose del artículo 104.7 penal, la Fiscalía deslinde en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de las cuatro circunstancias de mayor punibilidad hace referencia.

Lo anterior no sucedió en el caso analizado, pues la Fiscalía hizo alusión indistinta a diversas especies. Así, en el escrito acusatorio aludió a que los dos homicidios fueron cometidos aprovechando la situación de indefensión o inferioridad de las víctimas, en tanto se encontraban desprevenidas, sin armas, no pudieron repeler o reaccionar frente al ataque y algunos disparos se produjeron por la espalda. En el alegato inicial aludió a lo desprevenidos que estaban los ofendidos y que hubo aprovechamiento de su indefensión o inferioridad y en discurso final dijo se aprovechó la inferioridad en que se encontraban, pues estaban desprevenidos.

El juzgador, por su parte, argumentó que el agente activo sacó ventaja de la situación de indefensión o inferioridad, en tanto disparó a mansalva y sobre seguro.

Así, ni la acusación ni el fallo supieron especificar a cuál de las cuatro hipótesis de la causal de mayor punibilidad se hacía referencia.

De tal manera que, en ausencia de suficiente argumentación fáctica y jurídica, lo cual riñe con el mandato del artículo 59 del Código Penal, que exige que toda sentencia debe contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa, en este caso,

de la mayor punibilidad que comportaría deducir la causal 104.7 penal, esta debe descartarse.

5. La doctrina de la Corte se ha pronunciado sobre el homicidio agravado en las condiciones aludidas, en los siguientes términos (CSJ SP, 23 de septiembre de 2009, rad. 30.224):

"De manera genérica la doctrina identifica la circunstancia específica de agravación prevista en el artículo 104-7º de la Ley 599 de 2000, como homicidio alevoso, pues la hipótesis normativa allí prevista cobija todas aquellas formas de matar creando la indefensión de la víctima o aprovechándose de esa condición, siendo la razón del mayor reproche "además de la perversidad demostrada por el victimario, el ejecutar un acto que imposibilita al agredido para rechazar el injusto acometimiento contra su vida, situación que coloca al homicida en [posición] de ventaja o de seguridad; quien traiciona, asecha, envenena o mata en cuadrilla, elimina así o disminuye notoriamente la seguridad individual y social, pues en el caso concreto el ciudadano no tuvo la menor oportunidad de salvarse del ataque, por lo que el homicida produjo un mayor daño social y por lo mismo su conducta es más injusta"¹, criterio también prohijado y reiterado en la jurisprudencia de esta Sala² en los siguientes términos:

"Todas las formas dolosas y cobardes de cometer homicidio y lesiones personales con un mínimo de peligro para el agresor, y un máximo de indefensión para la víctima, quedan comprendidas en la circunstancia calificante de la alevosía. Este vocablo tiene hoy en la doctrina un sentido amplísimo, equivalente a sorprender al ofendido descuidado e indefenso, para darle el golpe con conocimiento o apreciación, por parte del agente, de esas condiciones de impotencia en que se halla el sujeto pasivo del delito. La alevosía tiene, pues, un contenido objetivo y subjetivo, sin que sea de su esencia la premeditación. La dicha agravante se traduce generalmente en la ocultación moral y en la ocultación física. La primera, cuando el delincuente le simula a la víctima sentimientos amistosos que no existen o cuando le disimula un estado del alma rencoroso. La ocultación física, cuando se esconde a la vista del atacado, o se vale de las desfavorables circunstancias de desprevenición en que se encuentra"³.

De acuerdo con lo anterior, el acierto de los falladores de primero y segundo grado es evidente, pues los hechos, tal y como se revelan a través de la declaración de Corrales Gil y la prueba técnica, indican que el acusado se acercó a la víctima encubriendo sus verdaderas intenciones y cuanto la tuvo cerca, en condiciones de no errar el disparo ni correr riesgo alguno, sorpresivamente la atacó con el arma de fuego propinándole un primer impacto en la frente, para luego, en el piso, rematarla con dos disparos más, uno de los cuales también hizo blanco en la cabeza del hoy fallecido, desarrollo fáctico que no deja duda acerca de la estructuración de la causal de intensificación punitiva prevista en el artículo 104-7° de la Ley 599 de 2000”.

4.5.7 En ese orden de ideas, la Sala dirá que la causal de agravación del delito de homicidio atribuido a la procesada, con base en la causal mencionada, se comprobó debidamente con la prueba practicada en el juicio oral. Del mismo modo debe decirse que frente a una referencia tangencial efectuada por la defensa, en el sentido de que no se había demostrado el estado de embarazo de la víctima, hay que advertir que en el escrito de acusación se incluyó como otra circunstancia de agravación, la causal 11 del artículo 104 del C.P. adicionada por el artículo 26 de la ley 1257 de 2008, que agrava la pena para este delito si se comete contra una mujer por el hecho de ser mujer, situación que se desprende del móvil del homicidio de Daniela Melisa Chávez, lo cual no fue controvertido por la defensa. Sobre ese punto es necesario aclarar que el estado de gravidez de la víctima constituye una circunstancia específica de agravación del nuevo tipo penal denominado feminicidio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la ley 1761 de 2015, norma que no se puede aplicar retroactivamente, por ser posterior al hecho investigado. Por lo tanto se concluye que no le asiste razón al censor en este apartado de su impugnación.

4.6 TERCER TEMA

El tercer reparo formulado por la defensa se origina en el hecho de que el juez de primer grado no tuvo en cuenta la valoración inicial que le practicó a la menor MCCHO, el psicólogo Alexander Ossa Ospina, luego de su ingreso al Instituto Marceliano Ossa. Para el efecto, el vocero de la acusada sostiene que la delegada de la FGN se negó a introducir esa prueba en el juicio, pese a que de lo expuesto por el mencionado profesional se deducían una serie de circunstancias que podrían haber afectado el sentido del fallo, ya que pese a que MCCHO le dijo a ese experto que el delito lo habían cometido “entre los dos” refiriéndose a Leonardo Gañán; también afirmó

ante ese profesional que "sólo estuvo en el lugar", y que por lealtad con el mismo Gañán fue que hizo las manifestaciones que la incriminaban. Por lo tanto considera la defensa que el juez de conocimiento se limitó a fallar con base en la prueba de cargos, sin tener en cuenta esa "retractación" de la menor (que se entiende se deduciría a partir de los términos de la citada entrevista), que indicaba que no era cierto que MCCHO le hubiera manifestado a todas las personas que ella era la responsable del homicidio, siguiendo lo expuesto en la citada entrevista que le hizo el psicólogo del CREEME.

POSICIÓN DE LA SALA

4.6.1 Sobre este punto se debe manifestar que el artículo 16 del CPP establece el principio rector de inmediación según el cual: "*En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*".

4.6.2 Con base en lo dispuesto en la citada norma, esta Sala entiende que no le resulta posible hacer ningún juicio de valor sobre la entrevista en mención, que no fue introducida al juicio con el psicólogo Alexander Ossa Ospina, conclusión que reviste notorios efectos frente a la presunta "retractación" de la menor MCCHO, que deduce el defensor de los términos de la citada conferencia que se recibió a MCCHO al ingresar al Instituto "Marceliano Ossa", que pudo haber tenido algún respaldo probatorio, de haberse establecido las situaciones referidas por la defensa, a través de un medio probatorio admisible como la declaración de la menor acusada en el juicio oral, con base en lo dispuesto por el artículo 394 del CPP, bajo los condicionamientos establecidos en la sentencia C- 782 del 28 de julio de 2005 de la Corte Constitucional, medio de prueba del cual no hizo uso la defensa.

4.6.3 Fuera de lo anterior se debe tener en cuenta que el relato entregado en la vista pública por el psicólogo Ossa Ospina³⁰, no se puede entender como un testimonio de acreditación, en razón de la no introducción al juicio del citado documento, ya que por sustracción de materia, no resultaba posible aplicar al caso lo dispuesto en el artículo 426 del CPP en el sentido de que: "*La autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como el siguiente: 1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.*"

4.6.4 Dentro de ese contexto, resulta evidente que en lo relativo a este ítem de la impugnación de la defensa, no se puede aducir una presunta

³⁰ Sesión 19 marzo 2013. Video 4. A partir de H.00.04.15

"retractación" de la adolescente acusada, con base en una prueba que no fue incorporada al juicio, como la valoración psicológica antes mencionada. Por lo tanto se considera que no le asistió razón al recurrente en este aspecto puntual de su disenso con el fallo de primer grado.

4.7 CUARTO TEMA

Sobre la insuficiencia de la prueba derivada de hechos indicantes para dictar una sentencia condenatoria en contra de la procesada MCCHO.

POSICIÓN DE LA SALA

4.7.1 El recurrente expone que el juez de primer grado basó su sentencia en prueba indiciaria, que era insuficiente para dictar una sentencia condenatoria, ya que los testigos de la FGN se basaron en la información que suministró su defendida, quien realmente hizo entrega del cadáver de la víctima, situación que no conducía necesariamente a inferir que por el hecho de conocer el lugar donde se hallaba el cuerpo de la afectada, la procesada MCCHO hubiera tenido participación en el homicidio. Con base en tal discernimiento, el impugnante consideró que la conducta de MCCHO se podría subsumir en el tipo de encubrimiento, o en su defecto bajo un supuesto de complicidad frente al acto cometido por Leonardo Gañán, lo que excluía una condena de la adolescente MCCHO como coautora del homicidio de Daniela Melissa Triviño. El señor defensor complementó su argumentación, refiriendo que no existió ninguna prueba directa que demostrara que MCCHO hubiera tenido participación directa en los hechos investigados, o que se encontrara en el automotor en el que fue conducida la víctima antes de darle muerte. Además sostuvo que la sola presencia de su defendida en el lugar de los hechos no la convertía en coautora del crimen, máxime si con el dictamen del Instituto de Medicina Legal, no se precisó cuál fue la causa de la muerte de la víctima, fuera de que no es posible desconocer que la defensa presentó un perito forense quien expuso que no existía certeza de que ésta hubiera fallecido como consecuencia de una asfixia mecánica propiciada por el uso de un lazo, ni había evidencia que demostrara que su representada usó una bolsa plástica como instrumento para asfixiar a Daniela Melissa Triviño.

4.7.2 En atención a las razones que invoca el señor defensor se debe manifestar que las mismas se relacionan con una tesis principal y dos tesis subsidiarias así: i) no existía prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria en contra de MCCHO ya que el *A quo* no podía basarse en prueba indirecta para adoptar esa determinación; ii) hubo error en la *imputatio iuris* ya que a lo sumo MCCHO debía responder por el tipo de encubrimiento y no de homicidio agravado; y iii) de no aceptarse esa

posición, se debe degradar la responsabilidad de MCCHO de coautora a cómplice del homicidio de la joven Daniela Melissa Triviño.

4.7.3 Sobre el primer tema debe decirse que en efecto el inciso 2º del artículo 381 del CPP dispone que: "*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*".

Sin embargo en el caso *sub lite*, se presentan otras situaciones, algunas de las cuales fueron examinadas en el apartado 4.5 de esta decisión donde se consideró demostrada la causal de agravación del homicidio de Daniela Melisa Triviño, en razón de lo dispuesto en el artículo 104-7 del CP, que se deben complementar con otra serie de consideraciones basadas en la prueba practicada en el proceso, para efectos de dar respuesta a la argumentación del recurrente sobre la insuficiencia de la prueba indiciaria, para dictar una sentencia condenatoria contra su representada.

4.7.4 Para esta colegiatura es claro que no existe ningún testigo presencial directo del lamentable hecho que se presentó el 3 de septiembre de 2012 en horas de la noche, cuando se produjo el asesinato de la joven Daniela Melissa Triviño, por el cual fue sentenciada la adolescente MCCHO. Sin embargo debe decirse que en atención a la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, las manifestaciones del recurrente resultan controvertibles, en razón de que en este caso fueron aportadas pruebas indirectas o de referencia en contra de la procesada, que coexisten con las pruebas directas recibidas en decurso del juicio, lo que determina el examen de los temas propuestos por el censor, bajo ese prisma inicial.

4.7.5 Siguiendo este hilo conductor, esta Sala considera que la declaración entregada en el juicio oral por la joven Ana María López (relacionada en el apartado 4.5 de esta decisión) se puede tener como una prueba mixta, en cuanto contiene información que se puede definir como prueba de referencia, en atención a la narración que hizo en la vista pública sobre la información que obtuvo de la adolescente acusada sobre los antecedentes del hecho; las manifestaciones que le hizo la misma MCCHO en el sentido de que ella y su novio Leonardo Gañán habían sido los autores del homicidio de Daniela Melisa Triviño quien murió "ahogada" después de que la procesada le puso una bolsa en la cabeza a la víctima, quien trató de defenderse y lo relativo a otras situaciones posteriores a la consumación del homicidio, como el entierro del cadáver y el hecho de haber tirado al lago "La Pradera" el celular de propiedad de la finada. Sin embargo, se debe tener en cuenta además que las manifestaciones de la testigo López adquieren el carácter de prueba directa en lo relativo a los apartes de su relato donde expuso que MCCHO presentaba una lesión en uno de sus dedos índice causada por un mordisco, además de un "arañazo" recibiendo como explicación de la procesada que se había cortado.

En este punto de la exposición hay que manifestar entonces, que precisamente Ana María López resulta ser testigo directo de las lesiones que tenía MCCHO, sobre las cuales tuvo conocimiento personal, (siguiendo lo dispuesto en el artículo 402 del CPP), situación que igualmente fue mencionada por el Defensor de Familia Luis Fernando Sánchez Triana (referido en el ítem 4.5) en el sentido de que en la diligencia de interrogatorio a indiciado la menor MCCHO dijo que la víctima la había mordido en un dedo cuando empezaron a asfixiarla, lo cual configura una segunda prueba directa sobre ese hecho.

Similares razonamientos pueden hacerse para manifestar que las pruebas de referencia derivadas de las manifestaciones de Ana María López, la patrullera Diana Carolina Guerrero, la investigadora Diana Isabel Capera Niño y el Defensor de Familia Sánchez Triana, en el sentido de haber escuchado que MCCHO se había quedado con el celular de la persona asesinada y luego lo había arrojado al lago "La Pradera" de Dosquebradas siguiendo instrucciones de Leonardo Gañán, fueron verificadas con una prueba directa, entendida en los términos del citado artículo 402 del CPP, consistente en el testimonio rendido en juicio por el investigador del CTI Alexander Ríos Pérez³¹ quien expuso que con base en las informaciones que recibió de la "fuente no formal" que luego fue identificada como Ana María López fue que se pudo ubicar el celular de Daniela Melissa Triviño en ese sitio (ver informe de Policía Judicial Cuaderno de Pruebas Folios 30 a 36), lo que igualmente fue corroborado con la declaración del investigador del Gaula Gustavo Alonso Londoño Martínez,³² quien expuso que había participado en la inspección que se hizo en el sitio donde fue recuperado el equipo móvil, lo que permitió convalidar la información recibida de parte de Ana María López en ese sentido.

4.7.6 En atención a lo expuesto en precedencia hay que hacer referencia a lo expuesto en CSJ SP del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, se manifestó que pese a que los indicios no aparecían enunciados en la lista de pruebas contenida en el artículo 302 del CPP de la ley 906 de 2004, ello no significaba que ese medio de conocimiento estuviera proscrito en el nuevo ordenamiento penal. En ese pronunciamiento se indicó claramente que: *"la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma sino del respaldo que le brinden otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias..."*.³³

³¹ Sesión del 13 de marzo de 2013. Video 6 A partir de H. 00.23.40

³² Sesión del 13 de marzo de 2013. Video 10. A partir de H. 00.12.33

³³ En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello

4.7.7 Con base en el precedente antes citado resulta válido que se hagan referencias indiciarias a partir de hechos indicantes debidamente demostrados, para efectos de decidir la responsabilidad de la procesada en el crimen investigado, para lo cual se debe tener en cuenta que la testigo Ana María López dijo en su declaración que MCCHO le había manifestado que después de que ella y Leonardo Gañán usaron una bolsa para ahogar a Daniela Melisa Triviño, la habían enterrado. La prueba deducida de esta declaración se puede calificar como un testimonio de referencia frente a las circunstancias en que fue asesinada la víctima y en lo relativo a que su cadáver hubiera sido sepultado, en un sitio que MCCHO le dio a conocer. Sin embargo de acuerdo a lo manifestado en la vista pública por la patrullera

que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

De ahí, también el equívoco de quienes piensan, como al parecer el libelista en la presente casación, que no es factible aplicar inferencias indiciarias, por haberse adoptado un método técnico científico en materia probatoria.

(..)

1.3 Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que "la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia", consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción³³.

Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

1.4 La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.

1.5 De otro lado, la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.

Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la prueba de referencia, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento³³, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.

1.6 Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

Diana Carolina Guerra, el investigador Alexánder Ríos Pérez y el Defensor de Familia Luis Fernando Sánchez Triana, luego de que se hizo un receso en la diligencia de interrogatorio a indiciado que estaba rindiendo la procesada, la defensora de la adolescente dijo que MCCHO tenía información sobre el sitio donde estaba enterrado el cuerpo de Daniela Melissa Triviño y que estaba dispuesta a acompañarlos a ese lugar. Esas declaraciones sobre lo que dijo MCCHO en el transcurso de esa diligencia, fueron corroboradas con una prueba directa derivada del testimonio del funcionario de Policía Judicial Alexánder Ríos Pérez, quien expuso que en virtud de esa manifestación de la procesada, se encargó de conducir un vehículo siguiendo las indicaciones de la acusada, quien les señaló un paraje cercano a "Termales San Vicente" en el municipio de Santa Rosa de Cabal, contiguo a donde se hallaban unas matas de guadua, y que al llegar a ese sitio la misma menor descendió del carro e indicó el lugar donde se encontraba el cuerpo de Daniela Melissa Triviño. A su vez, la veracidad de esa información quedó corroborada con los testimonios de diversos funcionarios del CTI, como Martha Cecilia Hernández funcionaria del CTI³⁴; María del Pilar Ramírez, odontóloga forense de esa entidad³⁵ y el investigador Jorge Eliécer Martínez³⁶, quienes tuvieron participación directa en la diligencia de exhumación del cuerpo de Daniela Melisa Triviño (Folios 37 a 43 Cuaderno de pruebas).

4.7.8 Las consideraciones expuestas en el ítem anterior, conducen a hacer referencia a lo decidido por la Sala de Decisión Penal del TS de Pereira, el 6 de agosto de 2013, dentro del proceso adelantado contra Carlos Gabriel González Escudero por el delito de "actos sexuales con menor de 14 años", M.P. Dr. Jorge Arturo Castaño Duque, donde se examinó el concepto de prueba de corroboración periférica, deducido de la jurisprudencia de la SP de la CSJ. En esa providencia se manifestó lo siguiente:

"(...)

En criterio de la sala mayoritaria en el plenario sí se cuenta con otros medios de persuasión que valorados en conjunto con la prueba de referencia incorporada, son suficientes para estructurar y fundamentar una sentencia adversa a los intereses del acusado, toda vez que demuestran más allá de toda duda la ocurrencia del delito y la responsabilidad de éste en el mismo.

Para sustentar tal aserto, es necesario acoger lo establecido en los precedentes del órgano de cierre en

³⁴ Sesión 13 de marzo de 2014. Video 13. A partir de H. 00 45.00

³⁵ Sesión del 14 de marzo de 2013. Video 14. A partir de H. 00.13.43

³⁶ Sesión del 14 de marzo de 2013. Video 14. A partir de H. 00.32.00

materia penal con respecto a lo que se ha dado en llamar "prueba de corroboración periférica", y, muy particularmente, el giro interpretativo que ha tenido la jurisprudencia nacional en torno al valor de las pruebas periciales en las conductas sexuales cometidas contra menores de edad.

En torno a lo primero -prueba de corroboración periférica- la Alta Corporación expresó en reciente pronunciamiento: "[...] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.

En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés "para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos", entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.

[...]

Aclarado lo anterior, se advierte que el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), sino que la misma fue confirmada con otro medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados, en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[...]»³⁷

De conformidad con ese precedente, es claro que la premisa planteada por la defensora en cuanto a que el

³⁷ C.S.J, casación penal del 04-06-13, radicado 40893.

contenido de la prueba de referencia debe confirmarse con una prueba directa, no es cierto, ya que por el contrario éste puede corroborarse "por cualquier medio" en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios."

4.7.9 De conformidad con lo expuesto en la decisión antes referida, los testimonios de Ana María López, los investigadores María Carolina Guerra y Alexánder Gutiérrez, y el Defensor de Familia Luis Fernando Serna Triana, pueden considerarse en este caso, como prueba de referencia admisible para efectos de considerar que MCCHO intervino como coautora del delito de homicidio agravado, cometido en la persona de Daniela Melissa Triviño, con base en lo dispuesto en el artículo 29 del CP, en razón de las circunstancias ya anotadas. Se reitera que las evidencias indirectas referidas se encuentran confirmadas por pruebas directas relacionadas con hechos puntuales de carácter sustancial para la investigación, como el testimonio de Ana María López sobre las lesiones que presentaba MCCHO luego del forcejeo que se presentó al momento de intentar colocarle una bolsa en la cabeza a la víctima para asfixiarla; los testimonios de los funcionarios del CTI en lo relativo al hallazgo del teléfono celular de la víctima en el lago "La Pradera" del municipio de Dosquebradas, y un hecho tan significativo como el que la misma MCCHO luego de reconocer ante esas personas que había dado muerte a la joven Triviño con el concurso de Leonardo Gañán, les hubiera mostrado el sitio exacto donde fue sepultada esa infortunada joven, situaciones que demuestran que la prueba complementaria enunciada se adecua al concepto de "corroboración periférica" de la prueba de referencia, lo cual resulta conforme a lo decidido en CSJ SP del 30 de junio de 2013, radicado 40893, citada en precedencia.

4.7.10 Además se debe mencionar que fuera del grado de convicción que poseen la prueba de referencia y las pruebas de corroboración antes citadas, es posible hacer otro tipo de inferencias lógicas, a partir de hechos indicantes, que se desprenden de las manifestaciones de Ana María López, la PT. María Carolina Guerra y el Defensor de Familia Sánchez Triana, que demuestran el hecho indicante de la oportunidad para delinquir, en razón de haber sido llevada la víctima a un paraje solitario donde se facilitaba su asesinato y se incrementaba su grado de indefensión.

Existe otro hecho indicante totalmente probado del cual se infiere la presencia de la menor MCCHO en cercanías a Santa Rosa de Cabal el día 3 de septiembre de 2012 a las 13.39 horas, ya que a esa hora se registra una llamada de su teléfono celular 320 662 7892 a un número fijo, llamada que fue ubicada en ese municipio, de acuerdo al informe que se introdujo con el investigador Jorge Mario Duque García, jefe de control telemático del

CTI³⁸. De acuerdo a esa evidencia, que no fue controvertida por la defensa (Folios 6 a 15 Cuaderno de Pruebas), se puede explicar la presencia de MCCHO en ese sitio, porque precisamente en las horas de la mañana de ese mismo día estuvo con Leonardo Gañán, cavando la fosa que estaba destinada a albergar el cadáver de Daniela Melisa Triviño. Además no debe olvidarse que de acuerdo al testimonio de la PT. Diana Carolina Guerrero y del Defensor de Familia Luis Fernando Sánchez Triana, en su diligencia de interrogatorio a indiciado la menor MCCHO manifestó inicialmente que el 3 de septiembre en horas de la mañana se encontraba en Pereira, pero una vez se le pusieron de presente los registros de llamadas de su teléfono que indicaban a que a esa hora estuvo en el paraje de "Tarapacá" y en Santa Rosa de Cabal, fue que cambió de actitud y decidió entregar información sobre su participación en los hechos y el sitio donde se encontraba el cadáver de la víctima. Sobre este punto hay que manifestar que la prueba que se introdujo al juicio oral, fue un registro de llamadas entre dos abonados telefónicos, para indicar el sitio desde donde se hicieron, sin que se hubiera presentado una interceptación de comunicaciones efectuadas entre Leonardo Gañán y la adolescente acusada, o una recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicación, o evidencias que se hubieran derivado del contenido de las memorias de los celulares de esas personas, en los términos de los artículos 235 y 236 del CPP, que requiriera orden previa de la FGN y examen posterior de un juez con función de control de garantías, para efectos de la legalidad de esa evidencia. Además en la audiencia preparatoria la delegada de la FGN manifestó que había entregado a la defensa varios CDS, entre los cuales estaba "*reporte de la empresa CLARO, informe que se presentará por CONRADO BELTRÁN ROBAYO de Medicina Legal*" (Folio 49 C. Principal), prueba que fue admitida sin oposición del defensor de MCCHO.

Adicionalmente hay que manifestar que el indicio del móvil para delinquir derivado del estado de gestación de la víctima, quien esperaba un hijo de Leonardo Gañán (situación que fue determinante para que se tomara la decisión de asesinar a Daniela Melisa Triviño), fue demostrado con el testimonio de los padres de la joven asesinada; de su hermano Cristian Alexis³⁹; de Paloma Edith Carreño, tía de la finada⁴⁰, de la señora Margarita María Gañán Álvarez (hermana de Leonardo Gañán, señalado como coautor del homicidio)⁴¹, y de Diana Carolina Henao Casafú (ya referenciada ítem 4.7)

Para cerrar este círculo no sobra anotar que el adolescente DMR⁴² declaró en el juicio oral que el día anterior al homicidio, o sea el 2 de septiembre de

³⁸ Sesión 13 de marzo de 2013. Video No. 10

³⁹ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 2. A partir de H. 02.37.00

⁴⁰ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 6. A partir de H. 00.41 e

⁴¹ Sesión 12 de marzo de 2013. Video 6. A partir de H. 00.27.19

⁴² Sesión del 19 de marzo de 2013. Cámara gesell. A partir de H. 00.04.50

2012, la menor MCCHO lo llamó para pedirle el favor de que le prestara una pala y que pudo advertir que en ese momento MCCHO estaba acompañada de Leonardo Gañán, lo cual se puede considerar como una prueba directa de las cuales se infiere a con la intervención de la procesada en la planeación del homicidio de Daniela Melisa Triviño.

4.7.11 Además es necesario agregar que en el caso *sub examen* resulta aplicable el precedente de la SP de la CSJ, que se cita a continuación, relacionado con la valoración del testimonio de los peritos que concurren al juicio oral, donde se expuso lo siguiente:

"[...] Por lo tanto, la realidad probatoria de la actuación permite ver con claridad que el juicio de condena no se soporta en prueba de referencia, pues ni el testimonio de LILIANA GÓMEZ MONTOYA, como tampoco el testimonio rendido en el juicio oral por los expertos en sicología y psiquiatría, a través del cual se introdujo la prueba pericial, constituyen la prueba de referencia a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el juzgador apreció su contenido.

[...]

todos los profesionales que valoraron a [...] rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de [...] negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora,

en las diferentes etapas del proceso⁴³ [...]”⁴⁴
(Subrayas fuera del texto original).”

4.7.12 Precisamente sobre ese punto hay que advertir que la fiscal que intervino en el juicio sometió a un prolijo interrogatorio a la psiquiatra forense Carolina Jaramillo Toro adscrita al Instituto de Medicina Legal⁴⁵, y que de ese interrogatorio directo se deduce que esta profesional con quien se introdujo la entrevista clínica que realizó a MCCHO, manifestó en el juicio oral que otorgaba credibilidad al relato de MCCHO en el sentido de que estaba muy enamorada de Leonardo Gañán y que por eso se “había desaparecido” a Daniela Melissa Triviño; que por esa situación había encubierto al mismo Gañán y que le había contado la verdad a la FGN, narrando las circunstancias que rodearon la comisión del crimen, que se encuentran consignadas en el informe que se introdujo con la citada profesional, donde la menor luego de hacer referencia a los antecedentes de su relación con Leonardo Gañán, manifestó lo siguiente sobre la intervención suya y la de ese individuo en los hechos así: “...recogimos a Daniela y yo iba atrás... él me dijo que le tenía que poner la bolsa en la cabeza cuando subiera el volumen de una canción y así lo hice... ella se empezó a mover y yo le decía a él que no era capaz... él paró en la carretera y le dio un codazo en el estómago y ella se quedó sin aire... llegamos a una parte oscura... él iba muy nervioso y yo también, yo no podía ni hablar... también me dijo que con cordón la cogiera pero ella se movía y ahí fue cuando él le pegó y la dejó como sin aire ...cuando llegamos a eso oscuro después de boquerón, ella no se movía... él me dijo que me bajara del carro y él la bajó a ella... yo nunca lo había visto así, él era muy calmado pero estaba de mal genio... él me decía pásame la pala... me gritaba, yo se la pasé (...) un día yo ví en televisión que la familia de ella estaba muy triste y decidí contarle todo. Eso fue lo que pasó...” (Cuaderno de pruebas Folios 89 a 95).

De acuerdo a lo expuesto en la audiencia de juicio oral, la Dra. Jaramillo Toro consideró que el relato de la menor MCCHO era coherente al igual que la motivación para cometer el homicidio, que no fue otra que el estado de embarazo de Daniela Melisa Triviño, por lo cual se entiende que esas manifestaciones de la profesional en psiquiatría se deben tener como prueba directa en lo relativo a la calificación que le otorgó a la narración de los hechos que hizo la menor MCCHO, según lo consignado en su informe.

En torno al anterior criterio, debe decirse que en CSJ SP del 2 de julio de 2014, radicación 43555, se expuso que el concepto del perito psiquiatra, constituye prueba técnica pericial, y no prueba de referencia, que al ser sometido a las reglas de contradicción, se debe valorar siguiendo las reglas

⁴³ C.S.J., casación penal del 29-02-08, radicado 28257

⁴⁴ C.S.J., casación penal del 03-02-10, radicado 30612

⁴⁵ Sesión del 29 de abril de 2013. Video 1 A Partir de H. 00.07.48

que determinan la apreciación de la prueba testimonial, ya que el dictamen del perito tiene que ser introducido al juicio oral a través de su declaración, que se relaciona sobre lo que percibió directamente en ejercicio de su actividad profesional. La parte pertinente del precedente antes citado es la siguiente:

"(...)

El impugnante, como se dijo, tampoco justificó la necesidad del fallo desde el punto de vista de las finalidades del recurso de casación. En particular, pasó por alto que uno de los propósitos de la misma es la unificación de la jurisprudencia, en cuyo ejercicio la Corte tiene ya definido que los relatos sobre los hechos aportados al juicio por los peritos no constituye prueba de referencia, pues sus experticios introducidos junto con sus declaraciones, dan cuenta de lo narrado directamente por la víctima a ellos. Así, en CSJ SP, 17 de sept. de 2008, rad. 29609, remembrando decisión anterior, se señaló lo siguiente sobre el tema:

"Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

"En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de prueba de referencia, frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

Así lo explica CHIESA², en su Tratado de Derecho Probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

En Reyes Acevedo se había dicho que "el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia". Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibles para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisibles."

El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por

ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.

(...)

Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley¹³

6.3. Con sustento en lo anterior, la afirmación del ad- quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar⁴ (subraya la Sala, ahora).

Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal”.

4.7.13 A esta altura de la exposición la Sala debe afirmar, en garantía del derecho de contradicción de la prueba, que los hechos estipulados entre la FGN y la defensa, como los informes de evidencias halladas en el vehículo donde se cometió el crimen, es decir el informe de genética donde se

menciona que " *MCCHO se excluye como el origen de la sangre recuperada del escobillón "vehículo Mazda silla conductor lateral derecho parte inferior del espaldar"*, al igual que las conclusiones negativas sobre los elementos pilosos recuperados en el mismo automotor, no poseen poder suasorio suficiente para desvirtuar la gravedad y contundencia de la prueba de cargos aducida contra *MCCHO*."

La misma reflexión debe hacerse en lo relativo a la insuficiencia probatoria del informe pericial que presentó la defensa suscrito por el Dr. Jairo Castro Muñoz⁴⁶ (Cuaderno de pruebas Folio 127) que se centró básicamente en discutir lo expuesto por el perito del Instituto de Medicina Legal en el sentido de que la muerte de Daniela Melisa Triviño se había producido por "anoxia mecánica por sofocación" aduciendo que el profesional encargado de elaborar la necropsia debió haber conceptualizado que la víctima había muerto por "causa indeterminada". Se arriba a la anterior conclusión, ya que de una parte el Dr. Castro reconoció en su declaración que no había revisado las fotografías de la necropsia que practicó el perito Ramón Elías Sánchez del Instituto de Medicina Legal e igualmente admitió en su declaración que una asfixia causada por la colocación de una bolsa plástica, o por cubrir con tierra a una persona inconsciente no dejaba lesiones externas en el cuello de la víctima, afirmación que en nada desvirtúa los fundamentos del dictamen que se introdujo por el perito de la FGN sobre la causa de muerte de la víctima. Fuera de lo anterior al sustentar su concepto el Dr. Castro, en su calidad de perito de la defensa, hizo referencia a otras lesiones que pudo deducir del examen de la necropsia del cadáver de Daniela Melisa Triviño, como las que se encontraron en su cuero cabelludo y la región craneal frontal y parietal, lo que lo llevó a concluir que la víctima falleció simultáneamente, en el momento en que se produjeron las lesiones evidenciadas en la necropsia, concepto que en nada favorece los intereses de *MCCHO*, para descartar su participación en el homicidio, ya que en ningún momento el citado profesional controvertió el diagnóstico de muerte violenta que consignó el perito forense del Instituto de Medicina Legal.

4.7.14 En ese orden de ideas, la Sala considera que en el caso *sub examen*, no le asistió razón al recurrente al manifestar que el juez de primer grado había cimentado su fallo en contra de *MCCHO* a partir de hechos indicantes, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 381 del CPP. Por el contrario, para esta Colegiatura existe prueba directa y prueba de referencia admisible, entendida bajo el concepto de "prueba de corroboración periférica", que permite afirmar sin lugar a dudas, que *MCCHO* fue coautora del homicidio agravado de Daniela Melisa Triviño, entendiendo que ese grado de intervención en el delito resulta acorde con lo expuesto en la jurisprudencia

⁴⁶ Sesión del 30 de abril de 2013. Video No. 4 A partir de H. 00.08.01 I

pertinente de la SP de la CSJ del 2 de septiembre de 2009 radicado 29221 donde se expuso lo siguiente:

"(...)

(iv).- Coautor.-

De conformidad con el artículo 29.2 de la ley 599 de 2000, son "coautores los que, mediando un acuerdo común²⁸, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte".

Lo característico de ésta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común²⁹, además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva³⁰ pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible.

En lo que corresponde a la distribución de funciones, se tiene que:

...en la coautoría... el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos..." .³¹

(...)

En este evento, el dominio de la conducta punible no lo ejerce una persona sino todos los que concurren a ese fin o fines delictuosos de que se trate. En esa medida, sus realizaciones son mancomunadas y recíprocas.

Los coautores por virtud del acuerdo ejercen control en parte y en todo, y lo hacen de manera funcional, es decir, instrumental y el aporte de ellos deberá ser una contribución importante, pues si la ayuda resulta

secundaria o accesoria, no podrá hablarse de aquella forma de intervención sino de complicidad.

En dicha perspectiva, y a fines de que la valoración y atribución de una u otra de las modalidades vistas no dependan del juicio arbitrario o subjetivista de los jueces, se requiere para el instituto visto que la aportación sea esencial³⁴, valga decir, deberá entenderse aquella sin la cual el plan acordado no tiene culminación porque al retirarla éste se frustra o al compartirlo se lleva a cabo.

Y se puntualiza:

La propia doctrina critica lógicamente este entendimiento de la esencialidad, diciendo que la mencionada posibilidad de evitar el hecho no tiene por qué tenerla siempre el coautor y que, en ocasiones, también le puede corresponder al mero partícipe o incluso a terceras personas que se encuentran casualmente en el lugar de los hechos mediante una simple llamada a la policía. En este orden de cosas, se rectifica o depura el criterio anterior y se establece que para que la aportación pueda conceder al interviniente el dominio del hecho no debe suponer una simple facultad de interrumpir el hecho en abstracto, sino una concreta posibilidad de interrupción mediante la retirada de su aportación. En palabras de Roxin, cada uno tiene el dominio en sus manos a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque si rehusara a su propia colaboración haría fracasar el hecho, de tal forma que alguien es coautor si ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito. En la doctrina española se habla conforme a lo anterior del criterio del desbaratamiento del plan. El dominio que el coautor ostenta es calificado por Roxin como funcional, el coautor es titular del dominio funcional del hecho debido a que el mismo resulta de la función que se le ha atribuido en el marco del plan común. En consecuencia, Roxin define al coautor como aquel interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la consecución del resultado perseguido, aquél con cuyo

comportamiento funcional se sostiene o se derrumba el plan³⁵.

Para que se materialice la forma de intervención del artículo 29 inciso 2° de la ley 599 de 2000, y atendiendo a la descripción que se ha consagrado como reserva legal, no son suficientes el conocimiento dado en el propósito común y el reparto del trabajo, pues como la propia norma lo establece, el apoyo objetivo deberá ser significativo.

La manera más efectiva de realizar el juicio valorativo acerca de si el aporte es de importancia o no en los términos establecidos en el artículo 29 inciso 2° de la ley 599 de 2000, consiste en hacer abstracción de él y se lo suprime mentalmente.

En esa perspectiva teórica y práctica, si al excluirlo del escenario funcional del evento objeto de juzgamiento, éste no se produce, la conclusión a la que se puede llegar sin dificultad es la de la existencia de la coautoría, y si al apartarlo aquél de todas formas se consumaría, la valoración a la que se puede arribar es a la presencia de la conducta de complicidad.

Con relación al tema, se ha escrito:

Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos y cada uno de ellos realiza por sí la totalidad de la acción típica, se trata de un supuesto de autoría plural, que se conoce con el nombre de autoría concomitante o paralela, cuyo concepto emerge del autor individual, conforme a cada uno de los tipos en particular (...)

Otra forma de coautoría, con problemas por completo diferentes de la simultánea, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea, que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del pragma, sino que este se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes. Se trata de la

coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho (...)

La coautoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro aspecto objetivo. El primero es la decisión común al hecho, y el segundo es la ejecución de esta decisión mediante división del trabajo. Los dos aspectos son imprescindibles" (...) La decisión común es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución y delimita la tipicidad, pero ello no puede identificarse con cualquier acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice). Así vuelve a aparecer el problema central de la autoría, esto es, determinar si la decisión común es una fórmula hueca que encubre el animus auctoris de la teoría subjetiva, a lo que el criterio subjetivo responderá afirmativamente. Pero como la teoría final objetiva parte de la contribución al hecho como tal, es decir, de la clase de correlación de la conducta, será determinante averiguar si ha tomado parte en el dominio del acto, por lo que el punto central pasa por el segundo requerimiento, que es la realización común del hecho. Para determinar qué clase de contribución al hecho configura ejecución típica, es menester investigar en cada caso si la contribución en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado conforme al plan concreto, según que sin esa acción el completo emprendimiento permanezca o se caiga. Esto significa que no puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al plan del hecho: será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva el plan se hubiese frustrado, allí existe un coautor

(...)

Con lo dicho, la coautoría funcional registra una imputación inmediata y mutua de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común³⁶

4.7.15 En consecuencia no resulta posible considerar que MCCHO intervino en los hechos como cómplice, ya que no es posible ubicar su intervención en los hechos bajo los supuestos del inciso 3° del artículo 30 del C.P. y mucho menos reducirla a un simple caso de encubrimiento de la actuación de Leonardo Gañán Álvarez, en la modalidad de favorecimiento (artículo 446 CP), por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia en lo relativo a los temas que fueron objeto de impugnación por parte de la defensa, ya que en este caso se reunían los presupuestos del artículo 381 del CPP como lo dispuso de manera acertada el juez de primer grado.

4.8 SOBRE EL RECURSO PROPUESTO POR LA DELEGADA DE LA FGN.

La delegada del ente acusador no compartió la decisión de primera instancia, en lo relativo a la sanción que se le impuso a la menor MCCHO, que fue fijada en 80 meses de privación de la libertad en centro de atención especializada. La censora considera que el *A quo* no podía tener en cuenta factores relacionados con la colaboración que prestó MCCHO al haber admitido en su diligencia de interrogatorio a indiciado su participación en la comisión de la conducta punible, y haber dado información relevante para ubicar el cuerpo de Daniela Melisa a Triviño, para disminuir el monto de esa sanción, ya que se trató de una actuación extraprocesal y la menor se retractó de esas manifestaciones, por lo cual hubo de surtirse un juicio plenario que originó un desgaste del aparato judicial, lo cual no ameritaba la disminución de la consecuencia jurídica del hecho, fuera de que su defensa se centró en tratar de desvirtuar la responsabilidad de la adolescente a lo largo del proceso, por lo cual esa aparente colaboración no se tradujo en una terminación anticipada del proceso. Además aduce que la conducta de homicidio presentaba causales específicas de agravación que se debieron tener en cuenta al momento de fijar la sanción ya que las mismas circunstancias que rodearon el asesinato de Daniela Melisa Triviño, indicaban que MCCHO debía ser sometida al tratamiento correctivo necesario, para garantizar su reintegro a la sociedad con una visión diferente de lo que significa ser parte del conglomerado social. Por lo tanto la recurrente solicitó que se incrementara el *plus* de la consecuencia jurídica del hecho por el que fue sancionada la menor en mención.

POSICIÓN DE LA SALA

4.8.1 En respuesta a esta argumentación se debe manifestar inicialmente que el artículo 178 de la ley 1098 de 2006, establece que las sanciones previstas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes tienen una finalidad "*protectora, educativa y restaurativa*". A su vez el artículo 179 *ibídem*, señala los criterios para definir las sanciones entre los cuales se

mencionan: "1. La naturaleza y gravedad de los hechos. 2. La proporcionalidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad... 4. La aceptación de cargos por el adolescente...".

Como se observa, las disposiciones del C.I.A. guardan una notoria diferencia con el sistema penal para adultos, donde no se habla de sanción sino de penas privativas de la libertad o de carácter económico o, que según el artículo 4º del C.P. tienen funciones de "prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado".

4.8.2 En relación con el recurso interpuesto por la delegada de la FGN, debe manifestarse si bien es cierto en este caso no se presentó formalmente una aceptación de cargos, que hubiera dado lugar a una sentencia anticipada, si es indudable que pese a su posterior retractación la menor MCCHO en un determinado momento de la investigación suministró información que resultó ser significativa para el esclarecimiento de los hechos. Para esos efectos puede afirmarse que la argumentación del juez de primer grado para no aplicar el máximo de la sanción prevista en el inciso 2º del artículo 187 del C.I.A. (8 años de privación de la libertad), con fundamento en la valoración de los datos que suministró la procesada, que resultaron conformes con la prueba practicada en el juicio oral, encuentra sustento en el testimonio entregado por el investigador del grupo "Gaula" Gustavo Adolfo Londoño Martínez⁴⁷, quien manifestó que si no hubiera sido por la información entregada por MCCHO no habría sido fácil hallar el cadáver de Daniela Melissa Triviño ya que: i) en una zona húmeda los cuerpos se conservan más; ii) la fosa en que fue sepultada la víctima fue cavada en forma circular y no rectangular como es lo usual; y ii) no era factible llegar a ese sitio ya que se trataba de una hondonada, situación que obviamente habría entorpecido en grado sumo el establecimiento de la responsabilidad en este luctuoso hecho.

4.8.3 En ese orden de ideas se entiende que pese a que en este caso no era posible aplicar el numeral 4º del artículo 179 del C.I.A. al no existir una aceptación de cargos formal por parte de la menor MCCHO en virtud de su posterior retractación, si es posible considerar que el *A quo*, tuvo en cuenta la colaboración prestada por esa adolescente, que aunada a la información que entregó inicialmente Ana María López permitió que se encauzara la investigación para esclarecer el triste episodio en que fue asesinada Daniela Melisa Triviño, por lo cual, al no poderse aplicar criterios retributivos propios de la pena aplicable en el sistema penal de adultos, era factible apreciar esa circunstancia en favor de la procesada, en atención a los

⁴⁷ Sesión 13 de marzo de 2013 A partir de H. 00.12.33

factores de proporcionalidad e idoneidad de la sanción que prevé el numeral 2º del citado artículo, que además resultan ser más flexibles que las previstas en el sistema penal para adultos donde el ejercicio de dosimetría penal se sustenta en el sistema de cuartos, que no resulta aplicable a los sujetos pasivos de la ley 1098 de 2006, tal como se manifestó en CSJ SP del 21 de octubre de 2009, radicado 32004.

4.8.4 En ese sentido se puede afirmar que el funcionario de primer grado ofreció una adecuada sustentación sobre las razones que lo llevaron a reducir en 16 meses la sanción máxima a imponer a MCCHO, por el delito de homicidio agravado por el que fue sentenciada, que en este caso resulta acorde con lo expuesto en CSJ SP, 28 de septiembre de 2006, radicado 22041 así:

"El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional⁴⁸.

El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad.

Para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, se demanda del funcionario judicial la motivación de

⁴⁸ Al respecto, MICHELE TARUFFO, citado por GLADIS E. DE MIDÓN en su libro sobre la casación, dice lo siguiente: "La obligación constitucional de motivación nace efectiva del Estado persona, autocrático y extraño respecto a la sociedad civil, y de la consiguiente afirmación de los principios por los cuales la soberanía pertenece al pueblo." Esta transformación del modo de concebir la soberanía significa, en el plano jurisdiccional, "que la providencia del juez no se legitima como ejercicio de autoridad absoluta, sino como el juez rinda cuenta del modo en que se ejercita el poder que le ha sido delegado por el pueblo, que es el primer y verdadero titular de la soberanía." "A través del control (social difuso), y antes por efecto de su misma posibilidad (con el deber de justificar las decisiones judiciales), el pueblo se reapropia de la soberanía y la ejercita directamente, evitando que el mecanismo de la delegación se transporte en una expropiación definitiva de la soberanía por parte de los órganos que tal poder ejercitan en nombre del pueblo".

sus decisiones para conocer debidamente sus argumentos que le sirven de sustento y así poder con mejor facilidad emprender la tarea de su contradicción bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte, allegando nuevos elementos de juicio que le desvirtúen o, en últimas, impugnando la providencia correspondiente.

Las decisiones que tome el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro del proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación -todos reconocidos por el art. 29 C.P.-, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial⁴⁹.

Esta garantía fue prevista en una norma positiva expresa en nuestro ordenamiento constitucional anterior⁵⁰, ahora el art. 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, impone al juez el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos esgrimidos por los sujetos procesales, al igual que lo hacen los arts. 3 de la Ley 600 de 2000 que en cuanto a sus normas rectoras establece que el funcionario judicial "deberá motivar" las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, y 170 y 171, pues la providencia judicial no puede ser una simple sumatoria arbitraria de motivos y argumentos, sino que requiere una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales.

(...)"

⁴⁹ Corte Constitucional, *Sent. C-252 de 2001*. También, *Sents. T-175 de 1997, T-123 de 1998 y T-267 de 2000*.

⁵⁰ Constitución Política de 1886, art. 161. "Toda sentencia deberá ser motivada."

En razón de lo expuesto la Sala considera plausibles las razones invocadas por el funcionario de primer grado para no aplicar el máximo de la sanción a MCCHO, por lo cual se confirmará este apartado del fallo de primera instancia, relativo a la sanción impuesta a la procesada, que fue el único motivo de censura de la sentencia que formuló la delegada de la FGN.

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 4 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de junio de 2013 adoptada por el Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira, en la cual se impuso una sanción de privación de la libertad por el término de 80 meses, en contra la adolescente MCCHO como responsable del delito de homicidio agravado en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

DUBERNEY GRISALES HERRERA
Magistrado

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS
Magistrada

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA
Secretario