

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



PRECLUSION/ ART. 332 N°4 CPP/ *“La causal de preclusión consagrada en el numeral 4 del art. 332 ibidem, es la referida a la “Atipicidad del hecho investigado”-invocada en el asunto por la Fiscalía-; que implica el surgimiento de elementos probatorios que varíen los acontecimientos fácticos que se caracterizaban como delito y que permitirían dar lugar u origen a la imputación.”*

JUICIO TIPICIDAD/ ATIPICIDAD/ *“El juicio de tipicidad conduce a afirmar la congruencia típica por ostentarse los elementos objetivos y subjetivos del dogma penal. La atipicidad del comportamiento puede predicarse por la ausencia de los elementos objetivos o de los subjetivos, en el primero si faltare uno o varios de los elementos estructurales del tipo en el caso sometido a análisis; y en el segundo, si el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo, exigido y/o con los elementos subjetivos requeridos. “*

INTERLOCUTORIO No. 040

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL TUNJA
SALA DE DECISION PENAL**

MAGISTRADA PONENTE: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

**APROBADO Acta N° 110 de _____ Ley 16 de 1968,
Art. 30 Num. 4°.**

Tunja, nueve (09) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), nueve de septiembre dos de la tarde (2:00 pm.)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tunja, el 24 de junio de 2016, que no decreta la preclusión de la investigación del punible de HOMICIDIO CULPOSO a favor de WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS, dentro del radicado de primera instancia 201002857 y de segunda 20160403.

HECHOS

Se narran por la Fiscalía así: En Ventaquemada a los 25 días del mes de Julio de 2010 a las 14:25 horas aproximadamente se informó que en la vereda San José del Gacal había ocurrido accidente de tránsito Al llegar al sitio de los hechos a las 15:00 horas se observó accidente de tránsito entre la motocicleta marca Lifan color rojo, de placas RCO 43A entre otros datos, conducida en su momento por el señor LUIS ALBERTO FORERO BOHORQUEZ, identificado con célula No. 7.164.605 de Ventaquemada, 38 años de edad, casado, agricultor, quinto grado de escolaridad, residente en esa vereda, quien iba acompañado de su hijo VICTOR ALFONSO FORERO MALDONADO de 16 años de edad, quienes chocaron con la motocicleta, marca Yamaha color blanca, de placas BAF63 conducida por el señor WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS con cédula No.1.056954.647 de Tunja, quien llevaba como parrillero al joven MAURICIO RAMIREZ GARCIA, y quien huyó del sitio del accidente, los heridos fueron trasladados a diferentes sitios de salud.

TRAYECTORIA DE LAS DILIGENCIAS

La Fiscalía el 4 de abril del 2016, eleva solicitud de preclusión razón por la cual se celebra audiencia de la misma estirpe el 24 de junio de 2016, donde invoca la causal 4 del art. 332 del C. de P. P., relacionada con la "Atipicidad del hecho investigado"; esto a favor del indiciado WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS.

Para soportar su pretensión la Fiscalía trae como información legalmente obtenida, lo siguiente:

Informe Ejecutivo -FPJ-3- de fecha 27-07-2010 de la SIJIN, donde se relacionan los hechos, y se indican como diligencias adelantadas el informe de accidente de tránsito, diligencias de comparendos No 2207 por infracciones Ley 1383 del 16-03-2010 puesto que no tenía licencia de conducción luego de verificar en el sistema de la página del Ministerio de Tránsito y Transporte, comparendo N 2208 por conducir, exceso límite de velocidad aproximadamente en 90 Km por hora puesto que algunos testigos lo vieron –a WILSON- pero no quisieron identificarse y a que de acuerdo a la huella de frenado estaba aproximadamente en más de 5 metros, comparendo N 22109 por no portar casco en el momento del accidente, debido a las lesiones en la cabeza, se solicitó prueba de embriaguez WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS quien no presentó licencia de conducir. Vehículos involucrados en el accidente de tránsito de placas RCO43A color rojo, marca Yamaha, blanca de placas BAF63.

Croquis y álbum fotográfico suscritos por el patrullero RINCON CORREA URIEL en los que aparecen los vehículos motocicletas accidentadas N. 1 Motocicleta Lifan RCO43A conducida por LUIS ALBERTO FORERO RODRIGUEZ y N. 2 Motocicleta Yamaha BAF63 conducida por WILSON DANIEL PAMPLONA PARRA. Formato Único de Noticia Criminal del 27 de abril de 2014 que relaciona los hechos.

Inspección técnica a cadáver y necropsia que determina la causa de la muerte y los traumas recibidos por el occiso LUIS ALBERTO FORERO BOHORQUEZ.

Informe técnico legal de lesiones no fatales practicado a WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS.

Inspección practicada a los vehículos motocicletas BAF 63 y RCO 43A e informe de investigador de laboratorio sobre estudio técnico de estos rodantes.

Entrevista de MAURICIO RAMIREZ GARCIA quien depone que estaba dialogando en la tienda cerca de la escuela con unos compañeros y a eso de las dos de la tarde pidió prestada la motocicleta de propiedad del señor JAIME RAMIREZ que es su hermano y le paso las llaves al señor WILSON PAMPLONA que es mejor conductor que él, la idea era recoger un uniforme deportivo a la casa de Wilson para jugar, la casa está ubicada a un kilómetro de la tienda donde se encontraban, salieron y habían recorrido medio kilómetro cuando de repente voltio a mirar a unos compañeros que estaban en la vía y por sobre los hombros de Wilson vio una "candela" del impacto, del golpe, el choque fue contra otra motocicleta y del impacto quedo inconsciente, dice que no recuerda más, pasadas unas tres horas recobro el sentido y ya se encontraba en la tienda cerca de la escuela llego allá porque un compañero lo llevo, allá se enteró que la persona que conducía la otra motocicleta era el señor LUIS FORERO, y luego se fue para la casa de sus padres. Expresa que cuando estuvieron en la tienda solo tomaron gaseosa porque Wilson se iba a jugar, que ellos iban de la tienda por la carretera principal de la vereda y se dirigieron por el lado derecho, el sitio que se presentó el accidente fue en una recta que tiene más o menos unos 300 metros y termina en una curva pequeñita como una "s" el sitio del impacto fue en la mitad de la recta, la vía es destapada, no había huecos, solo

unas piedras pequeñas estaba haciendo sol, la vía estaba sola no había más vehículos ni animales, nosotros íbamos en la moto a una velocidad aproximada de 50 kilómetros por hora, íbamos bajando y Luis iba subiendo, al lado derecho de la vía hay unas matas de acacia y al lado izquierdo hay un barranco. Testigos del accidente no hay nadie. Expresa que cuando iban en la moto volvió a mirar a un amigo que estaban tomado en la tienda de RODRIGO CASTILLO, le hizo señas ofreciéndole una cerveza volvió a mirar y le hizo señas que cuando subiera y cuando miro nuevamente hacia adelante fue cuando chocaron con la moto, no lo distinguió bien pero después de enterarse que era RICARDO PORRAS y fue el que le contó que del impacto salió lejos del sitio del accidente, cuando pasaron en la moto RICARDO estaba en la puerta de la tienda ubicada a la orilla de la carretera, él era el único que observó que estaba en la puerta de la tienda.

Entrevista de RICARDO PORRAS MALDONADO Narra que ese día se fue a tomar una gaseosa en la tienda de RODRIGO CASTILLO, cuando llegó se quedó en la parte de adentro en una pieza, después de una hora de haber llegado la gente del sector empezó a gritar porque se habían accidentado dos motos, entonces los que estaban en la tienda salieron y se dieron cuenta del accidente, cuando él llegó ya había mucha gente, de la tienda al sitio del accidente hay cerca de 35 metros, él no escuchó pasar ninguna moto porque estaba en la parte de adentro con el radio prendido. Agrega que cerca al sitio del accidente había parqueado un vehículo tipo camión en el sentido Samacá hacia la escuela de la vereda, el sitio del accidente fue a unos metros de donde se encontraba el camión del señor JOSE BALTAZAR ALDANA quien para esos días se encontraba en la finca.

Entrevista de VICTOR ALFONSO FORERO MALDONADO Asevera que ese día su papá LUIS ALBERTO FORERO BOHORQUEZ –occiso- salió a las 8 de la mañana para una reunión en la escuela de San José del

Gacal como a las 12 del medido día el papá llegó a la casa y a la una de la tarde su papá le dijo que fueran a Ventaquemada, tenían que ir a despichar la llanta de la moto, se alistaron, se fueron para el montallantas, todo iba bien por el camino por su derecha como siempre, se acuerda que en el lugar donde fue el accidente había un carro parqueado, no se acuerda de más, se le borro la memoria, cuando reaccionó estaba en la clínica Medilaser ese día lo dejaron hospitalizado, y al otro fue la familia y le contaron que el papá había fallecido y contra quien había sido el accidente. El lugar del accidente es una recta pero en subida había un carro parqueado del señor BALTAZAR, no sabe el apellido, no sabe más, ni porque se estrellaron. La velocidad con la que se desplazaba el papá era como 30 kilómetros por hora porque ellos iban subiendo, la vía es destapada y era un día soleado.

Interrogatorio del indiciado WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS. Asevera que se encontraba en una tienda cerca de la escuela de San José del Gacal con su tío JORGE PAMPLONA, JAIME RAMIREZ el dueño de la moto y MAURICIO RAMIREZ con quien iba en la moto, ellos estaban tomando él no, lo llamaron para ir a jugar un partido de futbol en el pueblo, entonces se fue con MAURICIO para su casa a recoger el uniforme en el transcurso del camino fue que paso el accidente y de ahí en adelante no sabe nada porque no tienen conocimiento de sí mismo. Relata que el accidente fue al frente de la tienda del señor JOSE CASTILLO contra una moto, él iba manejando la moto pero de la otra no tiene conocimiento. Licencia de conducir no tenía, pero lleva ocho años conduciendo motocicletas, refiere que ese día la vía estaba seca, es destapada, él iba por la derecha, línea recta no es y ese día había un camión estacionado al lado izquierdo porque él iba a su derecha. No se acuerda si realizo alguna maniobra para evitar el accidente, no sabe nada que sucedió desde ese momento y su papa le dijo que lo habían trasladado a la clínica Medilaser de Tunja.

Informe de investigador de Campo de levantamiento topográfico del lugar de los hechos.

Informe pericial de física forense donde se registran los datos de los dos vehículos con fundamento al croquis e informe de tránsito.

Documentos de identificación e individualización del indiciado WILSON DANIEL PORRAS PAMPLONA.

La Fiscalía una vez expone los hechos y el elemento material e información legalmente recaudada antes reseñada, invoca la causal 4 del art. 332 de la Ley 906 de 2004 de "atipicidad de la conducta" , y solicita que si de la argumentación surge otra causal como la 1,2 y 6 o cualquier otra, se reconozca de conformidad a la jurisprudencia.

Inicia argumentando que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado art. 9 C.P. Señala que se transportaban dos personas en sentidos opuestos en sus motocicletas, la víctima iba subiendo y a ese lado había un camión estacionado más adelante, razón por la cual debió tomar el carril contrario, por ese sentido bajaba iba bajando el indiciado. Según el croquis y el estudio técnico analítico se produjo la colisión en el carril por donde iba el indiciado, se dijo que iba a una velocidad superior a 15 k/h, es decir el indiciado no iba asumiendo riesgo no permitido, iba por su carril , no incide la velocidad y si ello es así y se presentó ese impacto como lo dijo WILSON DANIEL PAMPLONA en su interrogatorio lo vio en el momento de la colisión y no recuerda que hizo se le fueron las luces, pero si aparece una huella de frenada como lo indican las diligencias. Si se pudiera inferir que iba a mayor velocidad, pero lo que se establece es que iba dentro de los parámetros normales en desarrollo de esa actividad peligrosa, y si es así no faltó al deber objetivo de cuidado, no se actualiza el art. 23, no actuó con imprudencia y negligencia, mientras que el otro conductor sube por el carril contrario. Si no faltó a ese deber que tiene cualquier hombre

medio en el ejercicio de esta actividad peligrosa desaparece uno de los elementos de la tipicidad que es el factor subjetivo de la conducta punible, para este caso la culpa. No hay tipicidad por ende desaparece la conducta punible. La Fiscalía no puede con esta información ni con otra determinar que no falto al deber objetivo de cuidado.

El representante de víctimas coadyuva la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, al considerar que con el elemento de prueba recaudado es imposible desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado. Esa colisión ocurrió en el carril dentro de la vía por el cual se desplazaba PAMPLONA, la víctima fatal iba por el carril contrario. Seguramente la velocidad de los dos rodantes estaba en los límites permitidos según la pericia técnica solamente 15 k/h como lo indica la prueba analítica solo aparece la huella de la frenada de la moto que no es de la víctima fatal, lo que lleva a pensar que no hubo por el conductor maniobras evasivas a lo que estaba pasando. Que esgrime la Fiscalía sobre atipicidad del hecho investigado se encuentra ausente de soporte probatorio según lo observado de la carpeta allegada por la misma.

El agente del Ministerio Público expresa que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, pero de allí a establecer con base al elemento material probatorio, la evidencia física e información recaudada que el actuar del señor WILSON DANIEL PAMPLONA el 25 de julio de 2010 es absolutamente respetuosa de la reglamentación de tráfico. La velocidad como se plantea por la frenada no es la que llevaba la motocicleta además iba conduciendo vehículos sin tener autorización legal para el efecto. No se detalla igualmente en el relato que hace la Fiscalía del interrogatorio del indiciado que esta persona haya reconocido realiza alguna maniobra de evitación. El principio de confianza se encuentra descartado por las condiciones de la vía y la presencia de un camión estacionado en la vía, como lo reconocen los que se vieron involucrados en el accidente, porque no se daban todas las

condiciones normales para el tráfico vehicular. La reconstrucción que se hizo por parte del Físico forense se debe tener en cuenta cual es la base de la opinión pericial y lo primero que se indica es que la información no es suficiente para esta y se concluye a partir del croquis realizado por la policía que hubo huella de frenada de 5 metros razón por la que entiende que la velocidad del vehículo que freno puede ser superior a 15 k/h pero eso no impone necesariamente entender que se iba a la velocidad permitida en ese tipo de vía rural, tampoco se conoce la velocidad de la moto BAF 63 conducida por PAMPLONA que tomo la pendiente en bajada por tanto puede entenderse que la velocidad era de 15 k/h o más o superando la velocidad permitida en esas vías secundarias no pavimentadas con solo afirmado, por lo tanto, la velocidad máxima autorizada es menor a las de las vías principales primarias o de doble calzada. Indica que de esta manera se debe proceder por la Fiscalía a imputar y avanzar con la investigación hasta una vez se presente la acusación, ya que surge del elemento presentado que la actuación desplegada el 25 de julio a las 13:35 horas por el señor PAMPLONA no fue tan diligente, en ese estado no se presenta la causal esgrimida por la Fiscalía.

La pretensión sobre las demás causales resulta improcedente, imposible que se configure la causal 1 solo se podría hablar de delito querellable el de lesiones pero en el caso la víctima de este punible es un menor de edad. El evento tampoco se presentó en situación de caso fortuito. Agrega que si se plantean obstáculos en la vía como la invasión por la víctima del carril por el que transitaba PAMPLONA hay que analizar que la vía es pendiente y hasta ahora no se ha establecido, quien iba subiendo llevaba menor velocidad que el que iba bajando, o conlleva a deducir que falto destreza en el hoy indiciado, hubo actividad imprudente, todas estas circunstancias desplazan también la causal 3 de inexistencia del hecho como la de no participación en los mismos del indiciado.

La defensa relaciona el material probatorio en que se basó la

Fiscalía para solicitar la preclusión, con el que se prueba la causal 4 del art. 332, ya que la conducta es atípica por cuanto el indiciado no faltó al deber objetivo de cuidado, de acuerdo con el análisis del caso no está presente la culpa. Coadyuva la petición de la Fiscalía, acotando lo explicado para acceder a la preclusión.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El a-quo una vez escuchadas las intervenciones de las partes e intervinientes procede a pronunciarse sobre la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal, la cual se basa en el No.4 del art. 332 del C. de P.P. que señala como causal de preclusión la "Atipicidad de la conducta investigada", para colegir que en esta causal, frente al elemento subjetivo culpa debe estar desvirtuado que se haya violado el deber objetivo de cuidado, que no es otra cosa que la imprudencia, la impericia, entendida esta última como la no instrucción suficiente para realizar un arte u oficio, la violación de reglamentos que están también dentro de la relación del factor o deber al cuidado, y la negligencia. Analiza para efecto de la impericia el interrogatorio del indiciado PAMPLONA PORRAS en el que manifiesta que no posee licencia para conducir motocicletas, si bien señala que ese arte u oficio lo ejerce desde hace ocho años, mal se haría en este momento adoptar decisión de preclusión cuando hay un elemento que forma parte del deber objetivo de cuidado. Sobre esto no hizo énfasis la Fiscalía, la presunción legal de quien tiene o cuenta con licencia de conducir vehículos o automotores o unidades montadas sobre ruedas, expedidos por las autoridades legalmente establecidas para ello, da una presunción de que esta persona tiene la preparación o los conocimientos necesarios para ejercer un arte, profesión u oficio que estén debidamente controlados en tanto constituyen una actividad riesgosa. Como es el de conductor de vehículos automotores, por supuesto que no tendría ninguna importancia probatorio. En el presente caso no se efectuó por parte de la defensa o de la Fiscalía

una prueba de idoneidad, por entidades autorizadas para ello, en lo que se haya concluido que si es apto para conducir vehículos automotores tipo motocicleta para el momento de los hechos, pero imaginen cuanto tiempo ha transcurrido, para establecer que conoce los reglamentos y sencillamente el hecho de portar una licencia de tránsito expedida por la autoridad correspondiente implica una capacitación, no solo para el manejo efectivo sino para la prevención, conocimiento de las señales preventivas, informativas, reglamentarias y máxime en vías rurales, en vías terciarias la velocidad máxima permitida sería de 20 km por hora. Lo que aquí se impone es examinar los casos ex antes y ex pos, y este solo hecho que no ha sido desvirtuado, porque así se creyó el señor WILSON no tiene licencia de conducir motocicleta, expedida por autoridad competente. No se desvirtuó la imprudencia que puede derivarse del hecho de no tener la licencia, por falta de prueba practicada al indiciado antes de solicitar la preclusión, y donde se demuestre que lo hace correctamente, que conoce todos los reglamentos y si no es atribuible de manera directa el comportamiento omisivo de la imprudencia, no habría ninguna duda en decretar la preclusión, por otro lado hay elementos, y actividades investigativas que se pueden realizar, como establecer la velocidad permitida y si es una carretera secundaria, terciaria o primaria, en donde ocurrieron los hechos, de eso nada se dice. Aduce que se puede hacer una inferencia razonable, de que la carencia de licencia puede venir una imprudencia, por impericia, y que puede ser definitiva, en la comisión de los hechos, también alude a un camión que estaba estacionado en la vía, circunstancia sobre la que obviamente se puede profundizar, ya sea, la oportunidad de visibilidad que tenía quien subía, como la que tenía quien bajaba, no se dice el ancho de la vía, no se dice si tiene dos carriles, porque normalmente las carreteras rurales escasamente permiten el paso de un vehículo, en una velocidad que no puede sobrepasar los 20 Km por hora, porque son vías no autorizadas para correr sino para desplazamiento. Concluye que no se encuentra probada la causal de atipicidad, por cuanto no se desvirtúa que el elemento de

violación al deber objetivo de cuidado no lo hubo, que la carencia de la licencia de conducción por parte del indiciado no incidió en la ocurrencia del hecho, por lo que no puede tomarse una decisión favorable a las pretensiones de la Fiscalía. Determinación que es objeto de alzada.

SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACION

Argumentos de los recurrentes.

La Fiscalía pide se revoque la decisión y se acceda a la preclusión. El señor juez niega el decreto de la preclusión únicamente por ausencia de la licencia de conducción. Es cierto que no tenía la licencia de conducción lo dijo el indiciado en diligencia de interrogatorio pero al mismo tiempo indicó que tenía ocho años de experiencia. En la entrevista MAURICIO RAMIREZ GARCIA acompañante del indiciado relata que "le paso las llaves de la motocicleta al señor WILSON PAMPLONA porque él es más conductor que yo", la normatividad penal no exige tarifa legal, el documento para conducción no acredita experiencia, aquí se mostró que tenía experiencia suficiente, quedo de esta forma acreditada la pericia porque no es el documento la sola prueba idónea para ello.

Argumentos de los no recurrentes.

El interviniente constitucional dice que se hizo referencia al límite de velocidad determinada en el lugar de los hechos, fue otro argumento frente a lo que señala la decisión, no solo la licencia de conducción sino la velocidad, porque no se saben las razones que la Fiscalía tuvo para determinar tal velocidad que era de 80 k/h y por tanto el concepto del perito físico según huella de frenada iba a

más de 15 k/h y ese concepto fue lo que se exhibió aquí y fue lo que se discutió y también lo analizó el señor juez. Indica que desconoce el principio pro-homine en materia probatoria, porque se haga la manifestación que va a 15 k/h por lo que se dice no iba superando ese kilometraje, allí lo que se establece es que por la huella de frenada iba a más de 15 k/h, en esos términos se puede igualmente argumentar que la velocidad era de 10, 30, 50 o 100 k/h, la base de la opinión pericial probatoriamente no establece nada con certeza o probabilidad para que con ese concepto se hagan afirmaciones no existentes, además no es suficiente la información para la reconstrucción analítica porque no se cuenta con datos para resolver, por tanto cualquier concepto que se emita resulta ser una mera especulación porque no puede soportar la opinión pericial, y eso fue lo que en últimas tuvo en cuenta la decisión del señor juez. Expresa que el conocimiento en la conducción de vehículos se debe tener para obtener la licencia, lo cual implica también el conocimiento de todos los reglamentos de conducción y señales de tránsito. El conocimiento de los reglamentos de tránsito exige establecer cuál es la regla sin que existan avisos como ocurrió en el accidente. Afirma que no se pide que la Fiscalía formule imputación sino que se profundice en la investigación y se determine si hay lugar a la preclusión podida. Agrega que en la sustentación se traen nuevos elementos que no fueron conocidos por el juez por lo tanto no se deben tener en cuenta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación a tenor del art. 32-1 de la ley 906 de 2004.

La inconformidad del impugnante -Fiscalía-, gira en torno a la negativa del juzgado en precluir la investigación con el único argumento de no contar el indiciado con licencia de conducción al momento del accidente, dejando de lado que se probó con su interrogatorio y entrevista del acompañante la idoneidad en la conducción de vehículo, siendo suficiente para demostrar con el demás elemento probatorio e información legalmente obtenido la causal 4 del art. 332 del C. de P.P.

2. De la preclusión de la indagación.

El artículo 250 de la C. N. y 200 de la ley 906 de 2004, prescriben que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En ejercicio de dicha atribución deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones en los eventos previstos en la ley y cuando no hubiere mérito para imputar o acusar.

Los artículos 331 al 335 del C. de P. P. estatuyen que en cualquier fase de la actuación -indagación, investigación y en el juzgamiento, podrá el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión, de no existir mérito para acusar y comprobarse la presencia de cualquiera de las causales allí taxativamente relacionadas.

La causal de preclusión consagrada en el numeral 4 del art. 332 ibidem, es la referida a la "Atipicidad del hecho investigado"-invocada en el asunto por la Fiscalía-; que implica el surgimiento de elementos probatorios que varíen los acontecimientos fácticos que se caracterizaban como delito y que permitirían dar lugar u origen a la

imputación.

El juicio de tipicidad conduce a afirmar la congruencia típica por ostentarse los elementos objetivos y subjetivos del dogma penal. La atipicidad del comportamiento puede predicarse por la ausencia de los elementos objetivos o de los subjetivos, en el primero si faltare uno o varios de los elementos estructurales del tipo en el caso sometido a análisis; y en el segundo, si el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo, exigido y/o con los elementos subjetivos requeridos.

La falta de dolo y el error de tipo que consiste en una discordancia del agente y la realidad, significa que su equivocación versa sobre los aspectos objetivos del supuesto de hecho requerido en el tipo penal, es decir, cuando no existe conocimiento o el conocimiento es equivocado respecto de todo lo que significa el aspecto objetivo del tipo, así pues yerra sobre los presupuestos de la conducta, los requisitos sobre el sujeto activo o pasivo o sobre el objeto en el que recae la conducta o sobre las circunstancias que agravan o atenúan su responsabilidad como también sobre los presupuestos objetivos de las causales que excluyen la responsabilidad.

Es tanto así que esta causal por la fuerza de cosa Juzgada que acompaña a la preclusión se debe demostrar de manera cierta, contundente, más allá de la duda razonable, conforme lo ha reiterado el alto Tribunal penal, cuando dice:

“Acercas de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite”.

Sobre el particular tema la misma Corte sostiene:

“Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal” (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)¹, la atipicidad pregonada debe ser **absoluta**, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la **relativa**, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido².

3. Del caso sub-examine.

La Fiscalía solicita la preclusión de la investigación con fundamento en las causal 4 del art. 332 del C. de P.P. previamente analizada, al considerar que el indiciado WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS cumplió con el deber objetivo de cuidado razón por la cual la simple causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado en los términos del art. 9 del C.P., quedando ausente la culpa, razón por la que se debe precluir la investigación por atipicidad subjetiva, o por cualquiera de las otras causales que resulten probadas.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855.

El art. 109 del C. P. tipifica el homicidio culposo y los arts. 111 y ss las lesiones personales.

“ARTICULO 23. CULPA. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

En la última norma sustantiva transcrita se introduce el concepto de “infracción al deber objetivo de cuidado” en la estructura de la culpa, incorporando los elementos de previsión, previsibilidad y posibilidad de evitación del resultado.

El deber objetivo de cuidado está enmarcado por el comportamiento medio de cualquier hombre, razonable y prudente, en situación similar a la del agente; con lo anterior, el concepto comprende los elementos normativos del tipo, exigiendo al juzgador la valoración de conceptos extrapenales en cada caso concreto, pasando por el análisis de las circunstancias individuales del actor dentro de la traza de la conducta realizada.

Por este aspecto, esta concepción de conducta incorpora la negligencia, la imprudencia y la impericia como claras modalidades comportamentales, fuentes de la referida infracción al deber. Pero a la vez, no se puede dejar de reconocer e incorporar la inobservancia de reglamento, órdenes y disciplina, todos de origen positivo.

Sin embargo, para que se configure el delito culposo se debe examinar la necesaria relación de causalidad entre la conducta negligente, imperita, imprudente o violatoria del reglamento -es decir, culposa- y el resultado muerte del sujeto pasivo, de tal modo que la acción culposa se convierta en la causa eficiente de tal resultado no querido por el agente.

² Corte Suprema de Justicia Sala penal, 27 de noviembre de 2013, Rad. 38458. Esta posición se reiteró el 21 de mayo de 2014, Rad. 42570.

Así, son elementos esenciales del homicidio culposo: “la supresión de una vida por hechos positivos u omisiones culposas y la relación de causa a efecto entre dichos actos u omisiones y la muerte; o sea que el deceso de la víctima ha de ser resultante de la actividad culposa del agente”³.

Como ejemplo de actividades que pueden generar la comisión de homicidio culposo, se tiene el tránsito de automotores, el manejo de armas letales, el ejercicio de actividades médicas o industriales, etc. La jurisprudencia y la doctrina han catalogado como actividades peligrosas, entre ellas la conducción de vehículos automotores, que se encuentra debidamente reglamentada por la ley para exigir no solo ciertas cualidades a quienes las desempeñan, y un actuar que considere como regla indeclinable que nada que incremente dicho riesgo es jurídicamente permitido, de ahí, el sometimiento a estas reglas, que buscan precisamente un máximo de cuidado y responsabilidad en tutela de los bienes jurídicos de los asociados.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de noviembre de 2007, sobre el tema dice:

“En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

“Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, en primer lugar, si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado, desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumarse los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

"En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post".

Descendiendo al asunto sub-examine y teniendo en cuenta que la causal de preclusión esgrimida por la Fiscalía es la atipicidad de la conducta por subjetiva, entra la Sala a escrutar el elemento material de prueba e información legalmente obtenida, para determinar si en efecto el ente persecutor penal demostró de manera cierta, y contundente la causal contemplada en el numeral 4 del art. 332 del C. de P.P. en los términos dispuestos por la ley y la jurisprudencia precitada. Una vez valorado el elemento material de prueba aportado por la Fiscalía como base de la solicitud deprecada, colige la Sala lo siguiente:

Se estableció que el 25 de julio de 2010 a las 14:25 horas aproximadamente en la vereda San José del Gacal del municipio de Ventaquemada, ocurrió un accidente de tránsito al colisionar las motocicletas RCO 43A comandada por el señor LUIS ALBERTO FORERO BOHORQUEZ, quien iba en compañía de su hijo VICTOR ALFONSO FORERO MALDONADO de 16 años, y la de marca Yamaha color blanca, de placas BAF 63 conducida por el señor WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS quien llevaba como parrillero al joven MAURICIO RAMIREZ GARCIA.

Que a causa de este accidente perdió la vida LUIS ALBERTO FORERO BOHORQUEZ y resultaron lesionados los demás personas involucradas en el mismo, tal y conforme consta en la inspección de cadáver y diligencia de necropsia, reconocimiento médicos y entrevistas.

Con el informe de accidente de tránsito, el croquis levantado por la policía y las fotografías, se tiene, el comparendo N 2207 por

³ SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., pág. 192-.

infracciones Ley 1383 del 16-03-2010 puesto que no tenía licencia de conducción luego de verificar en el sistema de la página del Ministerio de Tránsito y Transporte, el comparendo N 2208 por conducir, exceso límite de velocidad aproximadamente en 90 Km por hora puesto que algunos testigos lo vieron pero no quisieron identificarse y a que de acuerdo a la huella de frenado estaba aproximadamente en más de 5 metros, y el comparendo N 22109 por no portar casco en el momento del accidente, impuestos a WILSON DANIEL PAMPLONA PORRAS que conducía la moto identificada con BAF 63. De igual forma allí se describen las características de la vía de doble sentido, una sola calzada, pendiente, de dos carriles, rizada, con afirmado, no recta, seca y sin iluminación, ubicada en zona rural. En las fotografías se visualiza un vehículo camión estacionado en la orilla de la vía y que esta presenta una semi curva, así mismo en el croquis se detalla una huella de frenada de cinco metros de la motocicleta BAF 63.

El Informe pericial de física forense que se basó para la reconstrucción analítica en los datos registrados en el croquis informe de tránsito, la cual no se pudo realizar por insuficiencia de información, concluyendo la opinión pericial:

“1. POSICIONES FINALES Y EVIDENCIAS

1.1. La Figura 1 muestra el croquis de Informe de Accidentes, el cual reporta, entre otros, características geométricas generales de la vía, el punto de referencia utilizado las posiciones finales de los vehículos, una huella de frenada, sin acotar, de cinco (5) metros de longitud y la anotación “La motocicleta de placas RCO43A no tenía huella de frenada” También reporta un lago hemático, un casco, un pedazo de casco y un tenis de color azul.

2. CONFIGURACION DEL IMPACTO

2.1 El croquis del informe de Accidentes reporta las posiciones finales de las motocicletas en la parte izquierda de la vía (con referencia a la representación plasmada en el croquis).

2.2 Asimismo, el croquis reporta la posición de la Huella de Frenada en la parte izquierda de la vía.

2.3 Lo anterior es compatible con una zona de impacto (región de la vía en la que ocurre la interacción).

2.4 A partir de los daños reportados para las motocicletas, se tiene que su interacción fue frontal.

3. VELOCIDADES DE LOS VEHICULOS

3.1 Una motocicleta que deje una huella de frenada de cinco (5) metros de longitud, y continúe moviéndose, lleva al inicio de la huella, una velocidad superior a quince (15) kilómetros por hora (ver apéndice de cálculos).

3.2 A partir de la información analizada no es posible precisar de mejor manera el valor antes reportado

4. POSIBLES FACTORES CAUSALES

Los factores causales se encuentran en los elementos que componen el tránsito:

4.1 Los vehículos: Defectos en los sistemas de control y seguridad de los vehículos pueden ser elementos causales. En el caso en estudio la documentación analizada no reporta deficiencias de los vehículos previos al hecho.

4.2 La vía y su ambiente. Deficiencias viales y condiciones ambientales adversas pueden constituirse en elementos causales de un accidente de tránsito. En el caso en estudio, que el hecho ocurre en una vía sin demarcación.

4.3 LAS PERSONAS

4.3.1 Condiciones físicas adversas (limitaciones visuales, auditivas, motrices, embriaguez, etc.) de las personas, pueden ser elementos causales de un accidente de tránsito. En el caso en estudio no se reporta información objetiva sobre deficiencias en estos aspectos.

4.3.2 Condiciones anímicas (distracción, estrés, conducción o desplazamiento agresivo, etc) pueden ser elementos causales. En el caso en estudio no se reporta información objetiva a este respecto".

Con esta experticia solamente se concreta que por la dimensión de la frenada de la motocicleta Yamaha BAF 63 “de cinco (5) metros de longitud, y continúe moviéndose, lleva al inicio de la huella, una velocidad superior a quince (15) kilómetros por hora”, punto en el que se basa fundamentalmente en cuanto a la velocidad la Fiscalía para afirmar de manera contundente que iba el aquí indiciado a 15 K/h, para encajarla dentro de la velocidad “normal” en una vía veredal, lo que no es cierto como lo asegura el agente del Ministerio Público y el Juzgado en su decisión, pues los cálculos dispuestos por el perito físico se refieren al mínimo en que podía trasladarse este automotor, que podía ir a 30, 40, o más.

De otra parte el indiciado iba desconociendo flagrantemente reglas de tránsito que ameritaron los comparendos anotados, entre los que se halla la velocidad con que conducía, a más de la ausencia de licencia de conducción, documento que acredita la idoneidad y pericia del titular como el conocimiento de las normas, señales de tránsito, y demás necesarias por *lex-artis* en esta clase de actividad peligrosa, por ende no basta como lo cree la Fiscalía con lo afirmado por WILSON PAMPLONA en su interrogatorio y su acompañante en la respectiva entrevista, asistiéndole razón al a-quo en lo motivado sobre este punto.

Las circunstancias propias de un carretearle veredal y en especial el hecho de encontrarse un vehículo estacionado en un costado de la vía subiendo y por el carril que se desplazaba el occiso en una semi curva con árboles en su orilla, exigía mayor cuidado a quien bajaba que lo era el señor PAMPLONA PORRAS, quien iba rápido y al percatarse de la otra moto que sobrepasaba el camión freno no obstante se chocó causando el fatal accidente. El joven MAURICIO RAMIREZ GARCIA asevera en su entrevista que iban a una velocidad de 50 kilómetros y que donde ocurrió el accidente es una curva como en "S," iban bajando, mientras que el acompañante de VICTOR ALFONSO FORERO MALDONADO indica que iban subiendo como a 30 kilómetros por hora.

Por lo tanto el cumplir con el principio de confianza y el deber objetivo de cuidado, no está demostrado ante la valoración del elemento material de prueba e información recaudada de manera sesgada e infundada que realiza el ente persecutor penal, y menos aún se demuestra la culpa exclusiva de las víctimas como para excluirlo de culpabilidad como lo pretende la parte que impetra la preclusión, "La culpa de la víctima, nos recuerda la jurisprudencia, no exonera per se de responsabilidad sino en cuanto resulta ser causa directa y eficiente al daño

cuestionado"⁴..

Tampoco se acoge lo que al parecer manifiesta la Fiscalía para exonerar de responsabilidad a PAMPLONA PORRAS de la existencia de la fuerza mayor por los arbustos y el camión allí estacionado, pues esto no constituyen circunstancias irresistibles producto de la naturaleza, e incluso de fallas mecánicas no previsibles, la misma jurisprudencia penal ha sostenido en lo referente a obtener convicción acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos de Homicidio Culposo en accidente de tránsito:

“(. . .) Ahora, con una estricta finalidad pedagógica que no debe ser entendida como una contestación de fondo a la demanda, pertinente se ofrece precisar que aunque el ordenamiento civil colombiano no distingue entre uno y otro instituto, pues el derogado artículo 64 del Código Civil reproducido en el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 señala que "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.", en el ámbito penal doctrinariamente se tiene establecido con tendencia mayoritaria⁵ que existe una sutil pero determinante diferencia entre los dos fenómenos que demanda su cabal identificación en procura de obtener su reconocimiento como eximente de responsabilidad.

En verdad, aunque ambos son fenómenos imprevisibles e irresistibles, en la fuerza mayor interviene la fuerza de la naturaleza (terremoto, rayo, inundación, etc.) _ aunque no siempre de manera exclusiva porque puede ser desencadenada por un tercero-, mientras que en el caso fortuito, es el ser humano quien genera el acontecimiento.

Para el censor, la aparición "de imprevisto (sic)" -entiéndase imprevisto- del "infortunado ciclista, en aquella pendiente semicurva, cuando el conductor del automotor trató por todos los medios de esquivarlo para evitar el golpe" y, éste "tuvo que dirigir su vehículo al lado de la berma hacia el costado derecho de la vía", equivale indistintamente a una situación de fuerza mayor o caso fortuito que

⁴ Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sent. de marzo 11 de 1982, Consejero Ponente, Jorge Valencia Arango.

exonera a su representado de responsabilidad penal.

Evidentemente, la descripción fáctica reproducida por el libelista de forma alguna puede ser identificada como un caso fortuito o una fuerza mayor, porque es claro que estos eventos sólo operan como circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal cuando surge una situación imprevisible dentro del ámbito de la razonabilidad, categóricamente inevitable que produce el resultado típico, hipótesis bien distinta a la estudiada en el caso concreto por el Tribunal, pues conforme a la prueba recaudada, es claro que para el enjuiciado, era perfectamente previsible establecer que siendo la acción de conducir una actividad de naturaleza peligrosa que le exigía un deber objetivo de cuidado normativamente impuesto por el legislador, le estaba vedado cruzar el límite del riesgo jurídicamente permitido y aumentarlo al desplegar la acción de manejar su vehículo a una alta velocidad por un carreteable angosto, curvo, e invadiendo el carril contrario por donde transitaba el ciclista, ya que en esas circunstancias el resultado lesivo de la vida e integridad física de la víctima no se concretó por la culpa concurrente pero no determinante de la víctima, sino por la generación del riesgo desaprobado por parte del conductor del automotor.(. ..)".⁶

Todo lo aquí disertado y dispuesto por el a-quo amerita que prosiga la investigación y la Fiscalía adopte las determinaciones que considere pertinentes en derecho, imponiéndose la confirmación de la providencia impugnada, al no asistirle razón a los argumentos del recurrente.

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja;

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja el 24 de junio de 2016; por las razones esbozadas en precedencia.

⁵ Algunos tratadistas consideran que las dos expresiones tienen la misma significación en el derecho penal. Ver PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis. 1986.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 33682 del 17 marzo de 2010.

SEGUNDO: REMITIR las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFICADA POR ESTRADOS.

CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

EDGAR KURMEN GOMEZ
Magistrado

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ
Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMIREZ
Secretario