El siguiente es el documento presentado por el Magistrado.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto - 2ª instancia - 12 de mayo de 2017

Proceso: Penal - Confirma decisión que negó preclusión de la investigación

Radicación Nro. : 66001 60 00 000 2015 04958 01

Procesado: ALEXÁNDER GARCÍA GARCÍA Y OTROS

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Tema: **CAUSAL DE PRECLUSIÓN NUMERAL 4º DEL ARTÍCULO 332 DEL CPP / FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA PROPONERLA.** [L]a petición de preclusión que se formuló en favor del señor Alexander García García, se fundamentó realmente en un supuesto de atipicidad de su comportamiento por no haber actuado dolosamente en razón del error de tipo que mencionó su representante conforme a lo explicado en precedencia, lo que demuestra que en sentido estricto correspondía a la causal 4ª del artículo 332 que sólo puede ser propuesta por la FGN según el mismo artículo, pese a lo cual se acudió al expediente de presentarla como un evento de “ inexistencia del hecho investigado” para efectos de habilitar al representante del procesado para formularla ante la juez de conocimiento, acudiendo al parágrafo de la misma norma. (…) En consecuencia la Sala comparte la decisión recurrida, ya que se advierte la falta de legitimación de la defensa del señor García para proponer la causal de preclusión contenida en el numeral 4º del artículo 332 del CPP.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, doce (12) mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta No.0429 A

Hora: 8:40 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación presentado por el defensor del señor Alexánder García García en contra de la decisión proferida por la jueza tercera penal del circuito de esta ciudad mediante la cual denegó la preclusión de la investigación a favor del señor García García, que había sido presentada por su defensor con base en la causal 3º del artículo 332 del CPP.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico es el siguiente:

*“Los primeros hechos, sucedieron a final de junio y primeros días de julio de 2015; cuando las menores "Z. V. H. V" de 15 años de edad y "M. G. F" de 13 años de edad, fueron recogidas en un vehículo que era conducido por GUSTAVO ADOLFO PEÑA VELASQUEZ, quien estaba acompañado por JHON ALBERTO PEÑA VELASQUEZ alias OSWALDO, llevadas hasta el corregimiento La Florida - sector de San José Finca La Magnolia de propiedad de ARLEX HENAO HINCAPIE, donde este último y su hermano ALEXÁNDER GARCÍA GARCÍA las esperaban.*

*Se sabe según relato de las menores, que en dicho predio les suministraron licor, y sustancias estupefacientes, para luego de ofrecerles regalos y dadivas - las accedieron carnalmente a "Z.V.H.V" vía vaginal y a "M.G.F" sexo oral. Obra información que Jhon Alberto Peña Velásquez alias Oswaldo recibió la suma de 300.000 pesos, como pago por haber captado a las menores y llevarlas a la mencionada heredad.*

*Los segundos hechos, acaecieron el día 21 de septiembre de 2015, en horas de la tarde, las menores fueron recogidas en la ciudadela Cuba, en un vehículo conducido por GUSTAVO ADOLFO PEÑA VELASQUEZ, quien estaba acompañado por JHON ALBERTO PEÑA VELASQUEZ alias OSWALDO, llevadas hasta el corregimiento La Florida - sector de San José Finca La Magnolia de propiedad de ARLEX HENAO HINCAPIE, donde este último y los hermanos PEÑA VELASQUEZ, luego de suministrarles licor y sustancias estupefacientes, las accedieron carnalmente a "Z.V.H.V" vía vaginal, anal y sexo oral, mientras que "M.G.F" la penetraron con el pene por la vagina y el ano.*

*A la investigación se allegó las valoraciones sexológica de las menores "Z. V. H. V" y "M. G. F", los registros civiles de nacimiento y valoraciones psicológicas, así como los informes de Investigador de Campo que permitieron establecer la identidad de los presuntos implicados, la ubicación del sitio donde recogieron a las adolescentes y la existencia de la Finca La Magnolia .*

*El 20 de julio del año 2016, ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías -, se le formuló imputación a ALEXÁNDERGARCÍA GARCÍA, como coautor a título de dolo del delito de DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS (art. \_217 A del C.P) conducta que es AGRAVADA por el numeral 4o del mismo artículo en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 31 del C.P.) Con el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, conducta que es agravada por el numeral 1º del artículo 211 del CP. En concurso homogéneo y sucesivo… [[1]](#footnote-1)*

2.2 EL día 20 de julio de 2016 se llevaron a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Celia, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (folio 12 al 15). En aquella oportunidad, y en lo que respecta al señor Alexánder García García, la FGN le comunicó cargos por los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años agravado (art. 271A numeral 4º CP) y acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (art. 208 y 211 numeral 1º CPP), los cuales no fueron aceptados por el procesado.

2.3 EL juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 16). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 6 de octubre de 2016 (folio 18-19). La audiencia preparatoria inició el 24 de enero de 2017 (folio 21).

3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.

3.1 Al inicio de la audiencia preparatoria, el Dr. Cesar Helcias Huertas Valencia, actuando como defensor del procesado AlexánderGarcía García, solicitó que se decretara la preclusión de la investigación que se adelanta contra su representado.

Fundamentó este pedimento en la causal 3ª del artículo 332 del CPP, por "inexistencia del hecho punible" respecto de su protegido.

Sustentó su petición así:

* En este caso obra la denuncia presentada por el padre de la menor ZVHV de quien dijo contaba con 15 años de edad, en la cual manifestó que su hija había conocido a otra joven llamada M con quien empezó a salir y a regresar tarde; que observó que M mantenía sumas de dinero que no resultaban acordes con su edad que era de 13 años, por lo cual indagaron con sus padres quienes les indicaron que a su hija solo le daban el dinero para sus gastos escolares; que ante esa situación el denunciante recibió información de su hija ZVHV , quien le dijo que en dos oportunidades había sido recogida por unos hombres que la llevaron a una finca donde tuvo relaciones sexuales con personas mayores de edad, y que su cambio su amiga M había recibido la suma de $300.000, y que esas personas les dieron a consumir licor y que la menor ZVHV tenía 15 años para la época de los hechos.
* Obra un informe del ICBF sobre el entorno de la menor ZVHV, en el cual se refieren problemas con su familia.
* La menor ZVHV rindió una entrevista donde dijo como había conocido a la menor M dijo que cuando fue a ese predio ya había cumplido los 15 años de edad; que la menor M le dijo en una ocasión que iban a salir con “Arlex” y unos amigos hacia una finca para que tuvieran relaciones sexuales, luego de lo cual las recogieron en un carro y las llevaron al fundo donde estaban otras jóvenes mayores que ella; que luego fue con “el conductor” y su amiga M a comprar marihuana y regresaron a la finca y que posteriormente el mismo conductor le dijo que sostuvieran un contacto íntimo, lo que hizo de manera voluntaria.
* La menor agregó que después de ese encuentro llegó al patio de la finca, donde se encontraba Alexánder García García, a quien se refirió como el hermano de Arlex “quien le dijo que le ayudara a bañar a un perro, a lo cual accedió, lo que sucedió mientras su amiga M estaba en un cuarto con “Arlex”.
* La menor fue sometida a un examen en el Instituto de Medicina Legal. No quiso suministrar su versión sobre los hechos ni se dejó examinar, por lo cual la información que se recibió provino de su madre. Se anexó una prueba de citología y un concepto del psiquiatra Jairo Robledo Vélez del Instituto de Medicina Legal. Igualmente obra un relato sobre lo sucedido que no involucra a su defendido AlexánderGarcía García en los hechos investigados.
* La menor MGF rindió una entrevista el 10 de noviembre de 2015 ante un funcionario de la policía judicial, donde hizo un relato en el cual involucró al señor García, manifestando que unos hombres las recogieron y las llevaron a una finca situada en el sector de “Samaria” donde fueron con “Arlex”, y Osvaldo Peña; que luego compraron marihuana y que el hermano de Osvaldo se puso a “armar un bareto” y refirió que Alexánder García, conocido como “Tamal” le había solicitado que le practicara sexo oral, lo cual ocurrió en un momento en que se encontraba desnuda; que la menor MGF describió a “Tamal” y manifestó que realizó la felación de manera voluntaria, ya que éste nunca les dio dinero ni le ofreció drogas para que accediera a ese contacto.
* La citada menor hizo el mismo relato ante el ICBF y el psiquiatra Robledo Vélez, donde se refirió a “Tamal” (Alexánder García García) como la persona con quien tuvo sexo oral y en un informe del CAIVAS la menor dijo que *“le había tocado con Tamal”.* .
* La FGN presentó un documento proveniente del rector del colegio “Luis Carlos González Mejía”, quien certificó que la niña MGF presentaba rasgos de mitomanía según el diagnóstico de una psiquiatra.
* No existen elementos de prueba para sustentar la acusación contra su mandante por la violación de los artículos 208 y 217 A del C.P. en concurso y en modalidad agravada.
* Existe un dictamen del CAIVAS donde se expuso que la menor MGF supuestamente tenía 13 años de edad pero aparentaba tener una edad superior por su contextura “alta y gruesa”.
* La FGN imputó las conductas mencionadas en concurso sucesivo. Sin embargo sólo se hizo referencia a unos hechos en los cuales el señor García accedió carnalmente a las dos menores. Sin embargo de esos documentos solo se deduce el episodio de sexo oral que tuvo su defendido con una menor que andaba desnuda y que consintió en ese acto, lo que pudo provocar un “error de tipo” en su defendido por creer que esa joven tenía más de 14 años, fuera de que no medió el pago de dinero para esa relación que fue voluntaria.
* No hay pruebas que señalen que el señor García hubiera incurrido en el delito de demanda de explotación sexual, ya que la menor que hizo referencia al contacto de sexo oral dijo en su entrevista que esto había sucedido de manera voluntaria y consentida y que la persona a quien se refirió como “Tamal” nunca le dio dinero ni drogas.
* Con las pruebas que la FGN va a llevar al juicio no se puede atribuir a su representado las conductas punibles por las que fue acusado. Reiteró que la relación que involucró la práctica de sexo oral con la menor MGF fue provocada por un error de tipo en que pudo haber incurrido su mandante, ya que esta joven aparentaba tener una edad superior, y consintió en ese acto, por lo cual se debía decretar la preclusión su favor con base en la causal del numeral 3º del artículo 332 del CPP, por inexistencia de los hechos atribuidos a su representado, que estaba privado de su libertad de manera injusta.

3.2 La delegada de la FGN se opuso a la petición del defensor del procesado para lo cual manifestó que en este caso se cuenta con elementos materiales probatorios, evidencia física e información de la cual se podía deducir que Alexánder García García era autor de las conductas punibles sobre las cuales se le formuló imputación (demanda de explotación sexual de menor de 18 años y acto sexual abusivo con menor de 14 años) para lo cual se debía tener en cuenta que el propio defensor del acusado había manifestado que éste tuvo una relación de sexo oral con una menor que tenía 13 años, acto que fue realizado por la persona conocida como “Tamal” que era el mismo García y en ese sentido la FGN le otorgó credibilidad a esa menor que sostuvo que mantuvo ese contacto sexual con el procesado, que se tipifica como un acceso carnal abusivo en razón de la edad de la citada niña.

En lo relativo al delito descrito en el artículo 217A del C.P. dijo que existía evidencia que indicaba que las menores fueron a la finca “La Magnolia” con base en un acuerdo previo con los acusados, en el sentido de que se les daría dinero y otros elementos por sus prestaciones y que en ese lugar tuvieron lugar los encuentros sexuales con los procesados y aunque nunca recibieron el dinero porque les quedaron mal, fueron citadas de nuevo para ir a ese sitio; que posteriormente el padre de una de las menores al advertir hechos raros, hizo algunas indagaciones que le permitieron establecer que las jóvenes iban a ese sitio a sostener contactos íntimos con los acusados y que lo hacían porque les habían prometido un pago por esos servicios, fuera de que la conducta de demanda de explotación sexual no estaba condicionada a que se recibiera dinero sino que se configuraba con la propuesta para realizar esos hechos.

Consideró que esos temas se debían debatir en el juicio oral tal como lo expuso el defensor del señor García, quien dijo que estaba en capacidad de demostrar que esas conductas no habían existido y que la menor que tenía 13 años de edad aparentaba una edad mayor lo cual pudo hacer incurrir en un error a los procesados, situaciones que se debían esclarecer en la vista pública.

3.3 La apoderada de las víctimas se pronunció manifestando que compartía la posición de la delegada de la FGN ya que existían suficientes medios de prueba que determinaban que se debía tramitar la fase del juicio, para que el funcionario de conocimiento estableciera el valor probatorio de las evidencias que se le presentaran.

Agregó que en este caso el defensor requirente había aceptado la existencia de un acto de acceso carnal consistente en la penetración del pene del acusado en la boca de la menor MGF, quien tenía 13 años para la fecha en que ocurrió ese hecho lo que viciaba su consentimiento.

3.4 El representante del Ministerio Público manifestó por su parte que se oponía la preclusión solicitada ya que la petición del defensor estaba centrada realmente en plantear una situación de atipicidad de las conductas investigadas y no de inexistencia de los hechos, pues el representante del acusado manifestó que de los EMP presentados por la FGN, no se deducía la existencia de una base sólida para acusar al señor García como autor de esos delitos, pero igualmente dijo que no estaba en capacidad de manifestar si los hechos habían ocurrido o no ya que eso se debía debatir en el juicio, fuera de que hizo referencia a un presunto error de tipo en que pudo haber incurrido su mandante sobre la edad de una de las menores, con base en la referencia que hizo de un dictamen que le fue descubierto.

Expuso que en este caso la petición de preclusión se centraba en la atipicidad de la conducta atribuida al señor García por ausencia de alguno de los elementos que estructuran el delito descrito en el artículo 217A del C.P., aduciendo el factor objetivo, y el subjetivo en lo concerniente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Consideró que en los dos escenarios la defensa no estaba legitimada para formular esa solicitud ya que en el fondo lo que se solicitó fue una preclusión por atipicidad, por lo cual no le era dable a la juez de conocimiento pronunciarse de fondo sobre ese requerimiento para no generar un impedimento en su caso, ya que de acuerdo al artículo 332 del CPP la única parte habilitada para pedir una preclusión por atipicidad en esta fase procesal es la FGN y la defensa sólo lo puede hacer en casos extremos donde objetivamente se establezca que el delito no existió, tal como se dijo en una decisión del 20 de agosto de 2015 de esta Sala en un proceso adelantado contra Hugo Andrés Moreno, donde el defensor al inicio del juicio oral le pidió el juez de primer instancia que precluyera un caso de porte de armas ya que los dictámenes aportados precisaban que las armas incautadas no eran aptas, por lo cual planteó la inexistencia del hecho.

En esa decisión esta colegiatura confirmó la decisión que declaró improcedente la preclusión, manifestando que no había lugar a hacer un examen a fondo de las evidencias ya que no bastaba con la mera enunciación retórica o la cita formal del texto legal para que operara esa causal ya que había que establecer que la situación enunciada encuadraba en ese dispositivo. Igualmente se afirmó que no se podía convertir una causal de atipicidad en un evento de inexistencia del hecho, lo que afectaba la legitimación para pedir la preclusión ya que la causal invocada se relaciona con situaciones que por vía de ejemplo podían ser: cuando aparecía viva la presunta víctima de un homicidio o se encontraba el documento del cual se dijo que había sido destruido, por lo cual esa causal del artículo 332-3 del CPP estaba relacionada directamente con el objeto material del tipo penal, ya que el legislador distinguió esas circunstancias, precisando cuales de ellas podía pedir la defensa y el momento procesal para hacerlo. Se citó el radicado 38542 de 2012, donde se hizo la distinción entre los eventos de inexistencia del hecho y de atipicidad de la conducta, se manifestó que no se adentraría en el examen de las evidencias propuestas para no generar un impedimento de la Sala y se confirmó la decisión del juez de primer grado de declarar improcedente la solicitud del defensor por no estaba legitimado para hacerla.

En consecuencia pidió que se negara la preclusión solicitada ya que este no era el momento para invocar entrevistas, dictámenes o constancias, como lo hizo el defensor del procesado, pues no se cuenta con la presencia los testigos, fuera de que para respetar las reglas del sistema adversarial los temas propuestos por el representante del acusado se debían debatir en la audiencia pública respectiva, donde una vez cumplido el debate probatorio la defensa podría plantear la situación de atipicidad referida, en sus alegatos de conclusión.

Agregó que no había lugar a revisar las entrevistas de las menores frente a la acusación formulada contra los procesados, ya que igualmente se comprometería su criterio como delegado del Ministerio Púbico.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

4.1 La juez de primer grado negó la preclusión solicitada con base en la siguiente argumentación:

* El defensor del acusado invocó la causal 3ª del artículo 332 del CPP aduciendo la inexistencia de los hechos investigados, situación que no corresponde con su argumentación que se relacionaba con una causal distinta, dirigida a controvertir las conductas punibles por las cuales se formuló acusación en contra de las personas vinculadas al proceso .
* La defensa mencionó que la FGN le hizo entrega de una voluminosa carpeta con EMP, que tenía cerca de 800 folios la cual no exhibió al despacho antes de sustentar su petición, por lo cual su titular desconocía totalmente el contenido de las evidencias que recibió la defensa del ente acusador. Sin embargo, en el supuesto de que el defensor hubiera puesto en su conocimiento esos medios de prueba no habría lugar a analizar de fondo su contenido ya que la causal que alegó no ameritaba su examen.
* Los EMP en que se basa la acusación siguen vigentes como lo manifestaron la fiscal y la apoderada de las víctimas. Se habló de que en una entrevista que no conoce el despacho, una de las menores dijo que fue la finca mencionada donde le practicó sexo oral al señor García, por lo cual se debe tener en cuenta que al menos esa persona incurrió en uno de los delitos por los cuales está siendo investigado.
* Sin necesidad de analizar los EMP que no conoció porque el defensor no los puso a su disposición, se considera que aunque el discurso de la defensa se centraba en la inexistencia de los hechos investigados invocando el artículo 332-3 del CPP, su argumentación realmente estuvo dirigida a controvertir la tipicidad de los tipos penales contenidos en la acusación, por lo cual sus razonamientos no tienen cabida ya que no se relacionan con la causal alegada. Por lo tanto negó la preclusión solicitada en favor del señor García.

4.2 La decisión fue apelada por el defensor del acusado Alexánder García García.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 DEFENSOR (Recurrente)

* En la sentencia C- 920 de 2007 de la Corte Constitucional se analizó el tema de la inexistencia del hecho investigado y se dijo que esa situación hacía referencia a un supuesto fáctico y no de carácter jurídico, como podía suceder cuando aparecía intacto un documento cuya destrucción se había atribuido al procesado.
* En atención a ese precedente en el caso en estudio no se podía adoptar una decisión con fundamento en criterios jurídicos sobre el juicio de subsunción de las conductas, ya que el debate planteado se centraba en lo fáctico.
* La decisión de la *A quo* fue sesgada ya que se tergiversó la fundamentación de su petición, pues hizo alusión a lo que reseñó el delegado del Ministerio Público, pero no se tuvieron en cuenta sus argumentos sobre la inexistencia del hecho investigado que se centraron en el contexto fáctico del caso, que no puede ser variado ni por la FGN ni por el juez de conocimiento.
* Su petición estaba basada en el componente fáctico y en las entrevistas que le entregó la FGN. Esos EMP eran conocidos por la juez de primer grado al igual que aquellos contenidos en la acusación, que provenían del Instituto de Medicina Legal regional Pereira, aunados a otra prueba documental que provenía de un psicólogo forense y que servían de sustento a su pretensión.
* En el caso en examen no resultaba admisible la formulación de imputación que se hizo a su representado, quien estaba privado de la libertad cuando no existía el suficiente soporte probatorio para adoptar ese tipo de determinaciones que iban en contravía de lo dispuesto en la normatividad vigente y el bloque de constitucionalidad sobre la protección del derecho a la libertad personal.
* Antes de formular su solicitud de preclusión por atipicidad, habló de la inexistencia de las conductas descritas en el escrito de acusación que fueron atribuidas a su representado.
* El hecho de que no hubiera presentado los EMP para sustentar su pedimento no era un argumento relevante, ya que los jueces acostumbran solicitar las evidencias a los fiscales más no hacían lo mismo con los defensores, lo que generaba un trato desigual. Si no exhibió las evidencias fue porque la juez no se lo solicitó y además considera que la funcionaria de primer grado y el Procurador ya las conocían.
* La juez y el delegado del Ministerio Público adecuaron los hechos a su particular criterio ya que tenían conocimiento de los EMP con base en los cuales formuló su pretensión, por lo cual no había lugar a presentarlos ya que la exposición oral que hizo sobre las evidencias era suficiente para haber aceptado su solicitud de preclusión, en vista de que demostró los fundamentos de la causal que invocó en favor de su representado es decir la inexistencia de las conductas punibles por las cuales fue acusado, lo que hacía innecesario llegar hasta la fase del juicio, ya que la situación del señor García es distinta a la de los otros acusados.
* No se hizo ningún análisis de esos elementos probatorios y se realizó una consideración sesgada sobre lo que desfavorecía a su representado, ya que no se podía analizar la tipicidad de su comportamiento sino el soporte fáctico de la acusación, pese a la referencia que hizo sobre el posible error de tipo en el que pudo incurrir la persona que viene defendiendo.
* Su mandante no cometió la conducta descrita en el artículo 217A del CP, por lo cual pide que se revoque la decisión de primer instancia y se precluya la investigación que se adelanta en su contra, con base en los argumentos a que hizo referencia en su solicitud de preclusión y la lectura que hizo de los documentos que sustentaron su pedimento.

5.2 INTERVENCION DE LOS NO RECURRENTES.

5.2.1 DELEGADA FGN.

* Se debe confirmar la decisión de primera instancia ya que de acuerdo al componente fáctico del escrito de acusación, las conductas por las cuales se le formuló acusación al señor García si tuvieron ocurrencia y fueron tipificadas en las normas mencionadas en ese documento, donde se adecuaron a los artículos 208 y 217 A del CP.
* Si el defensor hizo referencia a la atipicidad de las conductas se entiende que los hechos si existieron. Como la causal invocada no tuvo demostración, no hay lugar a examinar de fondo la solicitud de la defensa.

5.2 APODERADA DE LAS VÍCTIMAS

* Pide que se confirme la decisión de primer grado con base en la argumentación de la delegada de la FGN, ya que los hechos si existieron por lo cual resultaba improcedente la causal invocada por la defensa.

5.3 DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO

* La tesis de la defensa es llamativa en lo relativo a la presunta situación de error de tipo en que pudo incurrir el señor García cuando tuvo el contacto sexual mencionado en virtud de las circunstancias que lo rodearon, pero el escenario procesal adecuado para plantear esa discusión es la fase del juicio oral.
* El hecho de que la juez de primer grado no hubiera estudiado los EMP se explica porque la Corte Constitucional en la sentencia T-629 de 2010 se refirió a la procedibilidad, entendida como la concurrencia de los requisitos procesales necesarios para iniciar un proceso o para examinar de fondo un asunto, la cual no se reunía en este caso y por ello no era posible que se entrara a analizar de fondo la temática propuesta por la defensa, ya que la argumentación sobre la inexistencia del hecho se relaciona con aspectos de orden fáctico que excluyen totalmente y sin mayor discusión probatoria la conducta y en el presente caso sólo se podía hablar de esa situación de comprobarse *v.g.r.,* que el señor García se hallaba en lugar diverso y lejano al sitio donde ocurrieron los hechos o hubiera sufrido una enfermedad que le hubiera impedido tener intervención en los mismos, situaciones que no guardan relación con la causal que se invocó en su favor.
* En este caso la defensa no puede anticipar decisiones que tienen que ver la valoración de las pruebas y en lo relativo a la afectación del derecho a la libertad el procesado la defensa tiene la posibilidad de solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento que le impuso a su representado, acudiendo al artículo 318 del CPP.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta Sala es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo que disponen los artículos 20 y 34 del CPP.

6.2 PROBLEMA JURÌDICO A RESOLVER:

6.2.1 En atención a la argumentación del recurrente, se debe resolver el grado de acierto de la decisión que adoptó la juez 3ª penal de circuito de esta ciudad el 24 de enero de 2017, donde negó una solicitud de preclusión formulada por el defensor del procesado Alexander García García, con base en la causal de “ inexistencia del hecho investigado” prevista en el artículo 332-3 del CPP, que en principio habilitaría a la defensa para solicitar la extinción de la acción penal en favor de su mandante.

6.2.2 En ese orden de ideas y retomando el argumento central de la decisión recurrida, es necesario examinar los fundamentos de la causal invocada por el letrado que representa los intereses del señor Alexander García García, para definir inicialmente si realmente los supuestos en que basa su petición se adecuan a la causal prevista en el numeral 3º del artículo 332-3 del CPP, o si realmente subyace en el fondo del asunto una argumentación centrada en la atipicidad del comportamiento que se atribuyó a su mandante, ya que en ese caso por disposición legal al defensor le estaría vedado invocar la causal 4ª del mismo artículo.

6.2.3 Para entrar en materia y en aplicación de la regla de congruencia que establece el artículo 448 del CPP, hay que referirse necesariamente al contexto fáctico del escrito de acusación en el cual se expuso lo siguiente en lo que tiene que ver con el señor Alexander García García:

*“ Los primeros hechos, sucedieron a fina! de junio y primeros días de julio de 2015; cuando las menores "Z. V. H. V" de 15 años de edad y "M. G. F" de 13 años de edad, fueron recogidas en un vehículo que era conducido por GUSTAVO ADOLFO PEÑA VELASQUEZ, quien estaba acompañado por JHON ALBERTO PEÑA VELASQUEZ alias OSWALDO, llevadas hasta el corregimiento La Florida - sector de San José Finca La Magnolia de propiedad de ARLEX HENAO HINCAPIE, donde este último y su hermano ALEXANDER GARCÍA GARCÍA las esperaban.*

*Se sabe según relato de las menores, que en dicho predio les suministraron licor, y sustancias estupefacientes, para luego de ofrecerles regalos y dadivas - las accedieron carnalmente a " "Z.V.H.V" vía vaginal y a "M.G.F" sexo oral. Obra información que Jhon Alberto Peña Velásquez alias Oswaldo recibió la suma de 300.000 pesos, como pago por haber captado a las menores y , llevarlas a la mencionada heredad”*

6.2.4 Se hace esta precisión ya que en ese documento, con el epígrafe “ *Los segundos hechos “*  se hace referencia a un episodio posterior que se presentó el 21 de septiembre de 2015, en el cual participaron los hermanos Gustavo Adolfo y Jhon Alberto Peña Velásquez y Arlex Henao Hincapié, quienes de acuerdo a ese escrito y lo manifestado en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 6 de octubre de 2016,[[2]](#footnote-2) llevaron a las mismas menores a la finca “ La Magnolia”, ubicada en el sector de “La Florida” , y que luego de suministrarles licor y estupefacientes:  *“…accedieron carnalmente a "Z.V.H.V" vía vaginal, anal y sexo oral, mientras que "M.G.F" la penetraron con el pene por la vagina y el ano” .*

6.2.5 Como se observa el señor Alexander García García no fue mencionado en los hechos que se presentaron el 21 de septiembre de 2015, por lo cual su eventual responsabilidad penal queda circunscrita a las conductas que según la acusación ocurrieron en el mismo predio en los meses de junio y de julio del año 2015, conforme a los términos de la acusación que se presentó en su contra bajo el rubro de *“primeros hechos “ [[3]](#footnote-3)*

6.2.6 En ese sentido hay que precisar que el 20 de julio del año 2016 ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías se le formuló imputación a ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, como coautor a título de dolo del delito de “ Demanda de explotación sexual y comercial de persona menor de 18 años ( art. 217 A CP ) ,agravada por el numeral 4º del mismo artículo en concurso homogéneo y sucesivo con el *contra jus* de acceso carnal abusivo con menor de 14 años ( artículo 208 C.P.) en modalidad agravada en razón del numeral 1º del artículo 211 del C.P. , en concurso homogéneo y sucesivo.

6.2.7 En tal virtud se presentò acusación contra el señor Garcìa y las otras personas vinculadas a la investigación, ; *“ como probables COAUTORES materiales a título de dolo por el concurso de delitos de DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS AGRAVADA, en concurso homogéneo sucesivo (ART. 217A y numeral 4o, 31 del C. P.) ; en concurso con el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO (Art. 208 y 211 # Io y art. 31* del C.P.), donde son víctimas "Z.V.H.V" Y "M. G. F"[[4]](#footnote-4)

6.3 Con base en las consideraciones anteriores hay que manifestar inicialmente que de acuerdo al registro de la audiencia que se celebró el 24 de enero de 2017 ante la jueza tercera penal del circuito de esta ciudad, el defensor del señor Alexander García García manifestó que había recibido una voluminosa carpeta de la FGN, que se entiende le fue entregada para dar cumplimiento al deber de descubrimiento probatorio que contempla el artículo 344 del CPP, pero no puso a disposición de la juez de conocimiento la evidencia documental sobre la cual se refirió en su intervención por lo cual la funcionaria de primera instancia adoptó su decisión sin examinar las evidencias que refirió el abogado del señor García, lo cual igualmente limita el grado de decisión de la segunda instancia que en ningún momento podría pronunciarse sobre la decisión impugnada, con base en el examen de actos de investigación a los cuales no tuvo acceso la funcionaria de primer grado, decisión que resulta compatible con la aplicación del principio de necesidad de prueba que se deduce de los artículos 372 y 381 del CPP.

6.4 En segundo término se debe tener en cuenta que en este caso tal como lo pusieron de presente la juez de conocimiento y el delegado del Ministerio Público, lo que realmente planteó el defensor del señor García en la audiencia en mención fue una solicitud de preclusión por atipicidad del acto atribuido a su mandante, que de acuerdo al *factum*  del escrito de acusación se debe entender formulada frente a los hechos que se presentaron en los meses de junio y julio de 2015.

6.4.1 Se afirma lo anterior porque en esa audiencia el representante del acusado manifestó inicialmente que en el caso de su mandante no habían existido los hechos que la FGN subsumió en las conductas punibles descritas en los artículos 208 y 217 A del C.P., pero su argumentación no fue completa ya que no suministrò ningún elemento de juicio para desvirtuar la inexistencia de la conducta denominada “ demanda de explotación sexual y comercial de menor de 18 años “ descrita y sancionada por el artículo 217 A del C.P. .

6.4.2 Ya en lo que atañe al delito de “acceso carnal abusivo con menor de 14 años “ descrito y sancionado por el artículo 208 del C.P. , hay que manifestar que el defensor hizo referencia a un hecho puntual según el cual la menor MFG le practicó la *fellatio in ore* de manera consentida, a su defendido Alexander García García.

Sobre esa conducta hay que manifestar que en virtud de la interpretación auténtica que se hizo en el artículo 212 del C.P. *“…se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto “·* En ese sentido se entiende que una de las conductas atribuidas al señor García se hubiera subsumido en el tipo de acceso carnal abusivo con menor de 14 catorce años, al cual se adosó la circunstancia de agravación contenida en el numeral 1º del artículo 211 del C.P.

6.5 Sin embargo al examinar el registro de la audiencia preparatoria efectuada el 17 de enero de este año donde se pidió la preclusión mencionada, se advierte que el defensor del señor García no centró su intervención en la inexistencia de la conducta a la que aludió, consistente en la felación que le practicó la menor MGF a su representado que según su afirmación correspondió a un acto libre y voluntario de esa joven, sino que su argumentación se basó en buena parte en plantear que existía un concepto o pericia dentro de la evidencia que le fue descubierta por la FGN, que daba a entender que por su contextura física MFG revelaba una edad mayor a la que tenía, lo cual pudo inducir en error a su representado en lo relativo a ese acto de contenido sexual.

6.5.1 Lo anterior significa ( siguiendo ese razonamiento), que en atención al supuesto de hecho o componente descriptivo del artículo 208 del C.P., al haberse manifestado que el señor García pudo incurrir en un presunto error sobre la edad de la joven que le practicó la *fellatio* ( que se entiende como acto de acceso carnal según el artículo 212 del C.P ), tal planteamiento remite necesariamente al artículo 32 del C.P., que en su numeral 10 establece la causal de exención de responsabilidad que se denomina “ error de tipo”, que se presenta :*” cuando se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica “,* que en este caso habría recaído sobre la expresión “ *persona menor de 14 años “*que contiene el artículo 208 del C.P. modificado por el artículo 4º de la ley 1236 de 2008 .

6.5.2 En consecuencia, se observa que la preclusión solicitada no tenía nada que ver con la inexistencia de esa conducta sino con una situación que se relacionaba con la atipicidad del comportamiento atribuido al procesado García, que en sentido estricto corresponde a la causal establecida en el numeral 4o del artículo 332 del CPP, denominada *“atipicidad del hecho investigado”*.

6.6 La situación enunciada conduce a hacer las siguientes precisiones:

6.6.1 Así como quien plantea la legítima defensa en un homicidio no puede desconocer que fue el autor de la conducta, la persona que invoca un error de tipo como causal excluyente de responsabilidad está aceptando subyacentemente la comisión de un comportamiento punible mas no su responsabilidad por el hecho por no haber actuado con dolo, es decir con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realizarlo pese a contar con esa información previa, tal como lo dispone el artículo 22 del C.P.

6.6.2 En lo que tiene que ver con el caso en estudio, se debe recordar que en virtud del principio de *numerus clausus* establecido en el artículo 21 del C.P., el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años descrito en el artículo 208 del C.P. sólo se puede imputar bajo la forma de conducta dolosa, lo que exige la demostración de los componentes de orden cognitivo y volitivo de esa forma de conducta que ha sido examinada en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, concretamente en la sentencia del 15 de febrero de 2012 Radicado 33.149.[[5]](#footnote-5)

6.6.3 En la sentencia con radicado 32.964 del 25 de agosto de 2010, la misma Corporación se pronunció sobre los elementos que integran el dolo directo, estableciendo la diferencia entre el componente cognitivo o intelectual que se relaciona con el *“conocimiento o conciencia de los elementos del tipo penal respectivo”,* que debe ir aunado a la voluntad de realización de la conducta y el dolo eventual caracterizado por la posibilidad de representación posible o probable del acto, que fue la teoría acogida por la legislación penal colombiana, de acuerdo a la definición de dolo eventual contenida en el inciso 2º del artículo 22 del C.P.[[6]](#footnote-6)

6.6.4 Del mismo modo en el proceso con radicado 34.848 del 31 de agosto de 2011 de la misma corporación, se manifestó que con la expedición de la ley 599 de 2000 se había abandonado la escuela causalista del delito para inclinarse en cierto modo hacia la teoría finalista, por lo cual el dolo, la culpa y la preterintención ya no se examinaban en sede de culpabilidad, sino que hacían parte de la acción que según ese precedente es entendida como el componente de tipicidad que comprende la tipicidad objetiva, que viene a ser la parte descriptiva de la conducta junto con sus elementos normativos, aunada a lo que se denomina el “tipo subjetivo”, que en el caso del dolo exige la comprobación de los componentes cognitivo y volitivo de esa forma de conducta, por lo cual la imposibilidad de subsumir un acto u omisión en una norma de prohibición o de mandato o la inexistencia de dolo ( que viene a ser el argumento invocado por el defensor en este caso, al aludir al error de tipo en que incurrió su representado) ,determinan la atipicidad de la conducta.[[7]](#footnote-7)

6.6.5 Con base en las razones mencionadas se puede concluir que la petición de preclusión que se formuló en favor del señor Alexander García García, se fundamentó realmente en un supuesto de atipicidad de su comportamiento por no haber actuado dolosamente en razón del error de tipo que mencionó su representante conforme a lo explicado en precedencia, lo que demuestra que en sentido estricto correspondía a la causal 4ª del artículo 332 que sólo puede ser propuesta por la FGN según el mismo artículo, pese a lo cual se acudió al expediente de presentarla como un evento de “ inexistencia del hecho investigado” para efectos de habilitar al representante del procesado para formularla ante la juez de conocimiento, acudiendo al parágrafo de la misma norma..

6.6.6 Al respecto es necesario decir que en la sentencia C- 651 de 2011 la Corte Constitucional expuso que la atipicidad involucra la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo.

6.6.7 A su vez en la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ se ha manifestado lo siguiente:

*“…La causal 4ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004 se refiere a la “atipicidad del hecho investigado“, contexto dentro del cual resulta incontrastable que 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) si 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 que el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal, que al parecer, si recogería en su integridad lo sucedido“[[8]](#footnote-8)*

6.6.8 En ese orden de ideas se concluye que el sustrato de la argumentación del apoderado del señor García, derivaba necesariamente a predicar la atipicidad de la conducta de su mandante por un error de tipo frente a la acusación que se le formuló por la violación del artículo 208 del C.P., referida en este caso a un episodio específico, como la práctica de sexo oral por parte de unas de las menores que son consideradas como víctimas del hecho.

 6.6.9 Dentro de ese contexto resultan plenamente aplicables al caso las consideraciones de la decisión invocada por el delegado del Ministerio Público en este caso, que corresponden a la decisión de esta Colegiatura del 20 de agosto de 2015[[9]](#footnote-9), donde se dijo lo siguiente sobre las condiciones de aplicación de la causal 3ª del artículo 332 del CPP:

(...)

*“…la Corporación comenzará por decir que el artículo 332 del estatuto adjetivo enseña cuáles son las causales de preclusión que se pueden invocar, quienes están legitimados para requerir su declaración, y durante qué etapas del proceso.*

*Para lo que interesa al caso, se cuenta con el parágrafo único cuyo contenido es del siguiente tenor: “Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3 -imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e inexistencia del hecho investigado-, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”. Parágrafo que fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y el órgano de cierre lo declaró ajustado a la Carta Política en sentencia C-920/07, al que acertadamente hizo alusión el recurrente para a su juicio considerar que tenía la facultad de pedir la preclusión por la causal aludida.*

*Así las cosas y en atención al momento procesal en el que nos encontramos -período de juzgamiento-, como quiera que ya se cuenta con un escrito de acusación formalmente presentado por el órgano persecutor, no hay duda que de conformidad con el citado artículo 332 C.P.P. no solo la Fiscalía sino también el Ministerio Público y la Defensa, son los teóricamente facultados para intentar la preclusión por la vía de la “inexistencia del hecho” que dice invocar el apelante.*

*Pero ocurre, que no basta la mera enunciación retórica o la cita formal del texto para que él opere, se requiere obviamente establecer que el fenómeno que se esboza en verdad encuadra en el dispositivo.*

*Precisamente por ello, la defensa hace ingentes esfuerzos dialécticos para intentar demostrar lo indemostrable, nada diferente a que una causal de atipicidad objetiva se puede convertir en una de “inexistencia del hecho” y por esa ruta atribuirse una legitimación que no ostenta.*

*El Tribunal dirá desde ya que la argumentación que propone la defensa en esta oportunidad se debe tener por infundada para efectos de sustentar la causal de preclusión elegida y por lo mismo carece de legitimación para invocarla; en consecuencia, la Sala no anticipará ningún criterio en torno a si aquí se configuró o no el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones como quiera que debe ser materia de debate en juicio oral. En esa apreciación coincide el Tribunal al menos en lo esencial con lo sostenido tanto por el a quo, como por la Fiscalía, y se explica:*

*Para ilustrar con ejemplos lo que en verdad representa la causal conocida como “inexistencia del hecho”, se plantea el caso de la falsedad en documentos por destrucción en donde se demuestra que el documento ha aparecido, o el homicidio en el cual se establece que la persona está viva; es decir, que la inexistencia del hecho hace relación directa con el objeto material del tipo penal: destruir en el caso del delito contra la fe pública, y matar en el caso de la conducta contra la vida.*

*En lo que toca con la conducta de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, de llegarse a demostrar que en realidad el sujeto agente no portaba o conservaba un arma de fuego, bien porque se trataba de una de juguete o un instrumento diferente, ora porque era una ilusión y en verdad nada llevaba consigo, por supuesto que la causal sería la de “inexistencia del hecho”; empero, si la alegación se circunscribe al elemento normativo del tipo “sin permiso de autoridad competente”, la ausencia de este componente lo que genera no es “inexistencia del hecho”, sino “atipicidad”, como así se dejó consignado por la Sala de Casación Penal en fallo de abril 25 de 2012 con radicación 38542.*

*Sabio por tanto el legislador al disgregar cada una de esas circunstancias jurídicas en causales separadas, y advertir cuáles eran susceptibles de petición por parte de la defensa y en qué momento procesal.*

*Con fundamento en ello, la Sala puede asegurar que un debido entendimiento de lo que pretende la parte proponente de la preclusión, da lugar a sostener que no es la “inexistencia del hecho” a lo que en verdad alude, sino a una declaración de “atipicidad” del comportamiento que como se sabe no está dentro de las causales que la ley le permite esgrimir a la defensa dentro del período de juzgamiento, tal cual se pudo apreciar en precedencia, como quiera que a esta parte solo le está permitido proponer las causales 1 y 3, y ocurre que la “atipicidad del hecho investigado” está contenida en la causal 4º del citado dispositivo 332 de la Ley 906/04.*

(…).

*Así las cosas, sin lugar a que la judicatura diga nada y se inmiscuya en el fondo del asunto, de lo expresado por el propio profesional del derecho se extrae que lo aseverado no tiene relación alguna con la “inexistencia del hecho” sino que se está haciendo alusión a la presunta “atipicidad” del comportamiento atribuido, y, con ello, se establece la falta de legitimación para pretender la preclusión en el período de juzgamiento. Luego entonces, como lo indicó el funcionario a quo, se hace indispensable adelantar el correspondiente juicio para finiquitar si lo ocurrido tiene o no la trascendencia jurídica que pregona el delegado fiscal*.

6.7 En consecuencia la Sala comparte la decisión recurrida, ya que se advierte la falta de legitimación de la defensa del señor García para proponer la causal de preclusión contenida en el numeral 4º del artículo 332 del CPP.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del juez 3º penal del circuito de Pereira, adoptada el 24 de enero de 2017, en el sentido de no acceder a la solicitud de preclusión elevada a favor del señor Alexánder García García.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

 NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folio 1 a ll [↑](#footnote-ref-1)
2. A partir de H00.05.02 hasta H.00.08.25 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 3 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 4 [↑](#footnote-ref-4)
5. “*…De esta forma, se tiene que, imprescindible desde la perspectiva legal resulta la constatación de la voluntad como elemento del dolo, en la medida en que el conocimiento como tal no resulta suficiente si no encuentra una voluntad que lo materialice. Así, como en el ejemplo propuesto por DONNA, por más que un médico sea consciente de que al intervenir a un paciente existe una altísima probabilidad de que muera, al hacerlo, en manera alguna podría suponerse que actuó con voluntad de causarle la muerte. De esta forma, queda evidenciado cómo no es posible entender el dolo sin la concurrencia de los dos elementos que lo integran, conocimiento y volición.*

*(…)*

***“3.1.3.*** *La prueba relativa al ingrediente cognitivo del dolo puede deducirse de los mismos actos de naturaleza objetiva que constituyen la acción objeto de estudio, pero también de circunstancias ocurridas antes o después de ésta (en todo caso, analizadas mediante criterios normativos y no tendientes a descubrir datos psicológicos en el agente), siempre y cuando guarden directa relación con la situación típica y, por lo tanto, no constituyan derecho penal de autor. Así lo ha señalado la Sala, en relación con la demostración del dolo:*

*“[…] es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.*

*”[…] Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la observación directa, éstos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor. De acuerdo con la doctrina:*

*”‘[…] los hechos externos de los que parte la inferencia deben extraerse siempre de modo directo de la situación enjuiciada, sin que pueda admitirse la introducción de consideraciones relacionadas con otros datos ajenos a aquélla, tales como el modo de vida o la personalidad del autor. Y ello porque el objeto de la prueba –sea el conocimiento o la voluntad– se refiere exclusivamente al hecho cometido, de donde se sigue la total ineptitud de cualquier otro dato personal para aportar alguna información relevante’”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *“…El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.*

*De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.*

*Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.*

*El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.*

*En todos los eventos es necesario que concurran los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.*

*(…)*

*Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal.*

*Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación.*

*La teoría de la voluntad o del consentimiento hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá.*

*La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.*

*(…)*

*Hasta el año 2001 la legislación colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación, al definir el dolo eventual el los siguientes términos: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal* ***ha sido prevista como probable*** *y su no producción se deja librada al azar. Sobre esta variación, dijo la Corte,*

***“[…] en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento, -emplea la expresión “la acepta, previéndola como posible- en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.***

***El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual … el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo. 8 SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO )***

*Desde ahora, es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto* ***prevea como probable la realización del tipo objetivo****, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.*

*La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *“…Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley 599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio:*

*“…El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo “trasladó” desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, “avalorado”, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad “se quedó” en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.*

*En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica”.*

*5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra, en tanto que el segundo abarca el dolo en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.*  [↑](#footnote-ref-7)
8. C.S.J. Sala de C.P. 1º de julio de 2009 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. [↑](#footnote-ref-8)
9. Radicación 66001600003520140073501, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque [↑](#footnote-ref-9)