El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

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

Providencia: Auto - Salvamento de voto

Proceso: Penal – Preclusión de la investigación por conducta atípica

Radicación Nro. : 666823104001 20170004200

Procesado: LEONARDO GAÑAN ÁLVAREZ

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**SALVAMENTO DE VOTO:**

Con el respeto que de mi parte merece la posición asumida por las mayoritarias, por medio de la presente expresó las razones y motivos por los cuales me vi en la imperiosa necesidad de apartarme de lo resuelto por la Sala mayoritaria en la decisión en la cual se desató el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía en contra del proveído mediante el cual no se accedió a una petición de preclusión deprecada por el Ente Acusador.

En mi humilde opinión la Sala mayoritaria ha mal interpretando y distorsionando el verdadero alcance del interés jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación del delito consagrado en el artículo 188D C.P. el cuál es la Libertad Individual en la modalidad de la Autonomía Personal.

En mi parecer dicho interés jurídicamente protegido solamente se afectaría en aquellos eventos en los cuales el menor de edad es cosificado, instrumentalizado o manipulado por el adulto para que participe o haga parte en la comisión de un delito, presentándose de esa forma una especie de abuso de poder por parte del adulto de su posición dominante respecto del menor, quien fácilmente puede doblegar su voluntad y autonomía personal como consecuencia de la falta de experiencia y de madurez del menor de edad.

¿Pero qué pasa en aquellos eventos en los cuales el menor de edad, por sus conocimientos, grado de madurez, experiencia, sapiencia, se encuentra en igualdad de condiciones que el adulto, o en un plano de superioridad respecto del adulto? O, ¿cuándo participa de manera consciente y voluntaria en la perpetración del ilícito, sin que fuera posible la doblegación de la autonomía de la voluntad del menor?

Para la Sala mayoritaria la respuesta es que el comportamiento del adulto aún se adecuaría en el delito tipificado en el artículo 188D C.P. pero para el suscrito ello es errado, porque en esas hipótesis, o sea en aquellas en las cuales el menor de edad se encuentra en igualdad de condiciones que el adulto, o en un plano de superioridad respecto del adulto, no se afectaría el interés jurídico de la libertad individual, ni la razón de ser de la norma, la cual no es otra que la de proteger o amparar a los menores de edad de caer en las garras de ciertos adultos rapaces, abusivos y aprovechadores, quienes sin la menor consideración sacan ventaja y provecho de la falta de experiencia y de madurez de ciertos menores de edad, para de esa forma utilizarlos indolentemente en oscuros propósitos.

En el caso en estudio, con los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, en mi opinión estaba plenamente acreditado que la menor “M.C.CH.O”, de 16 años de edad para la época de los hechos, la cual fue supuestamente utilizada por el Procesado LEONARDO GAÑAN ALVAREZ para perpetrar el delito de homicidio de quien en vida respondía por el nombre de DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRÍGUEZ, era una avezada jovenzuela, con un grado de madurez mucho mayor para su edad, quien participó en un mismo plano de igualdad respecto del Procesado en la comisión de dicho reato, tanto es así que Ella fue la gestora del plan criminal y se encargó de someter y reducir a la víctima al sofocarla, para de esa forma evitar cualquier tipo de reacción defensiva.

Lo antes expuesto, nos indicaría que en el presente asunto no tuvo ocurrencia una afectación del interés jurídicamente protegido ni se desconoció su ámbito de protección, pues por parte del Procesado LEONARDO GAÑAN ALVAREZ no tuvo ocurrencia un comportamiento de abuso de la condición de menor de edad de la entonces menor “M.C.CH.O”, lo cual no era posible como consecuencia del grado de madurez que tenía la mozalbete de marras, aunado a que Ella puede ser catalogada como la mente criminal que de madera malvada gestionó el delito.

Siendo así las cosas, el suscrito es de la opinión que le asistía la razón a la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, debido a que la conducta presuntamente endilgada al Procesado LEONARDO GAÑAN ALVAREZ debía ser considerada como atípica.

Con lo anteriores argumentos, dejo en claro las razones y motivos por los cuales de decidí apartarme de lo expuesto y decidido por parte de la Sala mayoritaria.

Cordialmente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

*Fecha Et Supra*