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

**TEMAS: PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN / POR IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL ACUSADO / FACULTAD DE LA FISCALÍA GENERAL / CASO: HOMICIDIO CULPOSO EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO.**

La Sala debe pronunciarse sobre el grado de acierto de la decisión de primera instancia, donde se aceptó la solicitud de preclusión que formuló la delegada de la FGN por la causal 6ª del artículo 332 del C. de P.P. que se relaciona con la: “imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”; petición que fue aceptada por la juez de conocimiento y que dio origen al recurso interpuesto por el representante de víctimas.

En el presente caso el delegado de la FGN solicitó la preclusión con base en la causal antes citada, por considerar que de los EMP recaudados no se configuraban los elementos de la culpa y por tanto resultaba imposible desvirtuar la presunción de inocencia, petición que fue acogida por la juez de primer grado, por considerar en lo esencial que el señor LBO no incrementó el riesgo permitido, y que incluso de deducirse alguna conducta imprudente, en su caso debía primar el hecho que el accidente se había producido por culpa exclusiva de la víctima. (…)

… se considera de manera coincidente con la juez de primer grado, que en el caso sub examen, la FGN no contaba con medios probatorios para desvirtuar la garantía de presunción de inocencia del procesado, que constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata según lo dispuesto en los artículos 29 y 85 de la CP., y que en este caso guarda relación con la existencia de culpa exclusiva de la víctima, que fue determinante para la causación del hecho investigado, situación que no fue controvertida de fondo por el recurrente, quien se limitó a afirmar que el acusado transitaba a alta velocidad por un sector residencial sin tomar las precauciones debidas y que no se encontró ninguna huella de frenada que indicara que el conductor de la buseta hubiera tratado de evitar el accidente. (…)

Se debe agregar que de acuerdo a CSJ SP del 31 de octubre de 2012, radicado 39817, si la FGN no cuenta con evidencia suficiente para presentar un escrito de acusación, ya que los EMP recaudados no generan probabilidad de verdad sobre la responsabilidad del acusado, resulta procedente que se solicite la preclusión de la investigación, con base en la causal prevista en el artículo 332-6 del CPP., como ocurrió en este caso, donde la evidencia recaudada indica que no le resultaba posible al ente acusador desvirtuar la garantía constitucional de presunción de inocencia que ampara al indiciado.

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



**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta Nro.226 del siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:15 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 661706000066200500539 |
| Indiciado  | LBO |
| Delito | Homicidio Culposo |
| Juzgado de conocimiento  | Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda) |
| Asunto  | Confirma auto que decreta preclusión |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación presentado por el apoderado de la víctima en contra de la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas (Risaralda), mediante la cual decretó la preclusión de la investigación que se adelanta contra el señor LBO, por el delito de homicidio culposo.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el informe ejecutivo que obra en el expediente, los hechos que dieron origen a la presente actuación son los siguientes[[1]](#footnote-1):

*“El día de hoy 13 de octubre de 2005 siendo las 19:40 horas, fuimos informados por parte de la estación cien de la PONAL sobre un accidente de tránsito en el barrio La Sultana de Dosquebradas, en el cual falleció un menor de edad al ser atropellado por una buseta de servicio público; de inmediato se dio aviso a la Fiscalía seis seccional de turno URI, mediante el respectivo reporte de inicio entregado a la asistente de dicho despacho.*

*Una vez en el sitio de los hechos se estableció que dicho accidente de tránsito ocurrió en el barrio La Sultana frente a la casa ubicada en la manzana 12 casa 27 y 28; se observa sobre la vía el cuerpo sin vida del menor BRYAN DAVID PALOMINO CASTRILLÓN de dos años de edad, nacido el 18 de octubre de 2002 en Pereira, hijo de Jorge Isaac y Marta Cecilia, residente en la manzana 7 casa 2 del barrio La Sultana de Dosquebradas, frente a la casa 28 de la manzana 12 vivienda en la cual se está construyendo un segundo piso y a la cual pertenece la arena que se observa a ambos lados de la vía y de los ladrillos.*

*El cuerpo se halla en posición decúbito dorsal sobre la vía a 3.8 m del sardinel frente a un poste de alumbrado público, el cual está al lado izquierdo de un cúmulo de arena y de los ladrillos ubicados frente a la casa 28, los cuales sobresalen en la vía hasta 2.0 m aproximadamente, y la pila de ladrillos tienen una altura de 1.73 m; es de anotar que desde este punto hacia donde se encuentra el cuerpo del niño, se aprecia buena iluminación artificial, pero hacia la manzana 8 de donde venía la buseta, se aprecia deficiencia en la iluminación artificial.*

*Junto al niño y hacia el pie izquierdo, se observa restos de masa encefálica y lago hemático, igualmente junto al pie izquierdo se halla una bota plástica de color azul y a 2.15 m de esta bota en línea recta sobre la vía se halla otra bota plástica color azul y a 10.88 m de esta bota estaba ubicada una buseta de servicio público de placas WHL 279 afiliada a la Cooperativa de Urbanos San Fernando.*

*No se encontraron señales de tránsito preventivas, reglamentarias o reductores de velocidad en ninguno de los dos sentidos de circulación, pues solo se aprecia una señal preventiva de “niños en la vía” frente al sitio donde quedó este vehículo después del accidente, sobre el sardinel, pero esta se encuentra en sentido contrario a la dirección que llevaba la buseta, debido a que antes esta vía era en un solo sentido y desde un tiempo para acá se reglamentó como doble carril. La vía en general se encuentra en buen estado de conservación y en ese trayecto es muy amplia, debido a que se halla una bahía muy amplia y al lado de esta una zona verde igualmente amplia e iluminada. Una vez se termina la diligencia se puede apreciar gran flujo vehicular en ambos sentidos, especialmente de busetas de servicio público.”*

**3. SOBRE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN**

3.1 La FGN presentó solicitud de prelusión el 01 de noviembre de 2011, por lo cual se celebró audiencia para tal fin el 02 de marzo de 2012; su delegado expuso las siguientes consideraciones:

* Luego de hacer un recuento de los hechos en que falleció de manera accidental el menor BDPC, indicó que en la investigación pertinente se contó con el informe ejecutivo inicial, y se incorporaron diversas evidencias como el acta de levantamiento de cadáver del citado infante, el bosquejo fotográfico del sitio de los hechos, las órdenes de comparendo elaboradas por el organismo de tránsito que rindió el informe respectivo sobre los hechos, la fijación fotográfica de la inspección técnica al cadáver, el dictamen rendido por el laboratorio de física forense del Instituto Nacional de Medicina legal, así como las declaraciones de Jorge Isaac Palomino Castrillón, Martha Cecilia Castrillón Sierra, Dora Luz Hincapié Vega, Ana Mercedes Silva, Carlos Barco Noreña, Ana Milena Restrepo Velásquez y Alba Lucía Ruiz Londoño.
* Señaló que si bien el señor LBO debía tener el mayor de los cuidados posibles por cuando se encontraba desarrollando una actividad peligrosa como la conducción de automotores, en ejercicio de la cual se le causó la muerte al menor BDPC, era importante precisar que de acuerdo con los EMP recogidos por la FGN no se configuraban los elementos constitutivos de la culpa y por lo tanto resultaba imposible desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al incriminado.
* Precisó que aunque contaba con algunas declaraciones en las que se afirmaba que el señor LBO conducía el vehículo con exceso de velocidad y probablemente manejaba distraído por la presencia de otra persona en el automotor, se logró establecer otra hipótesis por cuanto: i) el incriminado presentó un pase de quinta categoría que lo acreditaba como persona hábil y versada en la conducción de vehículos automotores, ii) el examen de alcoholemia que se le practicó practicado al procesado arrojó resultados negativos; y iii) el menor que falleció estaba jugando en un arenal que se encontraba cubierto por un arrume de ladrillos, e intentó atravesar la vía cuando vio llegar sus padres a su residencia.
* El dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses arrojó como conclusiones que a) El proceso de interacción (buseta - peatón) se produjo en el costado derecho trasero de la buseta con el peatón (no fue posible establecer con cuál región corporal y si previo a esto el peatón tuvo contacto con otra parte del rodante) lo cual resultaba acorde con el álbum fotográfico y la inspección practicada al vehículo; b) La velocidad de la buseta en el sitio donde quedó el menor sobre la vía era de entre 29 y 46 km/h; y c) La posible causa del accidente se debió a la interacción del vehículo con el peatón en un mismo espacio y tiempo el cual ocasionó las lesiones al menor.
* Destacó que lo anterior se mostraba acorde con el álbum fotográfico y la inspección inicial del vehículo, en los cuales no se observó ningún otro elemento que permitiera establecer un contacto diferente a aquel que se produjo entre las ruedas traseras del automotor y el cuerpo del menor, ya que el proceso de interacción se había producido de manera lateral, no frontal, y por tanto le resultaba muy difícil al conductor de la buseta haber observado a la víctima, o haber realizado algún tipo de maniobra para evitar el fatal desenlace.
* En ese sentido, adujo que se debían cotejar las afirmaciones de las personas entrevistadas, con las del conductor del vehículo, para concluir que el señor Brito no se dio cuenta del momento en que arrolló al menor, tanto es así, que el padre del niño dijo que la buseta continuó su recorrido y debió alcanzar el vehículo y subirse por la parte trasera para que el motorista detuviera la marcha.
* Afirmó que la conclusión del informe del INMLYCF, según el cual la buseta transitaba a una velocidad entre 29 y 46 km/h, desvirtuaba los testimonios de las personas que sin ser peritos, afirmaron que el procesado conducía con exceso de velocidad. Corroboró lo anterior con el hecho de que el padre del menor afirmara haber alcanzado a pie la buseta, lo cual significaba que el vehículo no iba a una gran velocidad, por lo cual no se podía afirmar que el señor LBO hubiera incrementado el riesgo permitido.
* Mencionó que de acuerdo con el dictamen referido: *“la posible causa del accidente se debió a la interacción del vehículo con el peatón en un mismo espacio y tiempo el cual ocasionó las lesiones al menor”,* la cual estaba corroborado con el protocolo de necropsia que daba cuenta de las lesiones de la víctima y la causa de su fallecimiento.
* Confluyó que si bien el menor BDPC falleció por las lesiones que le produjo la buseta al pasar sobre su cuerpo, los EMP recaudados por la FGN no permitían formular acusación en contra del señor LBO por haber realizado el hecho a título de culpa.

3.2 Conforme a lo expuesto, planteó que lo único procedente era dar aplicación del artículo 331 del C.P.P. por cuanto no existía mérito para acusar. Por lo tanto solicitó que se decretara la preclusión pedida, conforme a la causal contemplada en el numeral 6º del artículo 332 *ibídem*, esto es por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado, al no comprobarse que hubiera incumplido con el deber objetivo de cuidado.

3.3 El representante de las víctimas se opuso a la petición de la FGN, aduciendo que no se reunían los requisitos para adoptar esa determinación, por existir fallas en la investigación. Su intervención se sintetiza así:

* Se desconocía quién era la persona que acompañaba al señor Brito mientras manejaba la buseta y si esa conducta estaba permitida, puesto que eran de público conocimiento, que los conductores de ese tipo de vehículos tenían la costumbre de llevar a “su amante” al lado mientras manejaban, e incurrían en desafueros cuando discutían con sus acompañantes dentro del automotor.
* Según el testimonio del padre de la víctima, el conductor venía a exceso de velocidad y discutiendo con una mujer y cuando subió a la buseta le decía: “*es por su* *culpa que yo maté a ese niño”,* por lo cual podría inferirse que el señor Brito sí vio cuando atropelló al menor.
* No solo existió descuido o negligencia grave del indiciado, sino que además existía la circunstancia agravante de que el procesado huyó del sitio de los hechos, por lo cual había que profundizar más en la investigación del caso y tener en cuenta los indicios graves a los que hizo referencia. Pidió como prueba que se ampliara el testimonio de los padres de la víctima.

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO**

Los fundamentos de la providencia de primera instancia se pueden sintetizar así:

* El problema jurídico se centraba en establecer si era procedente decretar la preclusión en favor del señor LBO, y decidir si de la indagación preliminar se podía concluir que el indiciado no había tenido participación culposa en el resultado antijurídico y como lo pregonaba el delegado de la FGN había lugar al archivo de la actuación; o si por el contrario, -como lo refería el apoderado de la víctima- se debía disponer que la investigación continuara para formularle imputación por esa conducta.
* Estaba demostrada la muerte del menor BDPC, que se produjo luego de ser impactado por el vehículo de placas WHL279 afiliado a la Cooperativa Urbanos San Fernando y conducido por LBO.
* El tema a resolver consistía en establecer si existía una concurrencia de culpas entre quien conducía el vehículo y el menor BDPC, el cual -pese a sus dos años- se encontraba sin acompañamiento y de manera intempestiva cruzó la vía; y si era esta la causa determinante del fatal suceso y si por ello, como lo afirmaba el Fiscal, se presentaba un evento de culpa exclusiva de la víctima que exoneraba de toda responsabilidad al motorista, o si en su lugar se podía pregonar del señor LBO una acción generadora de concausa, es decir, que no obstante la potencial culpa de la víctima al invadir intempestivamente el carril de circulación del bus, era posible atribuir corresponsabilidad al motorista en el hecho, por conducir con exceso de velocidad y por ello no haber tenido la oportunidad de reaccionar a tiempo.
* Luego de un análisis probatorio, citó jurisprudencia pertinente de la CSJ y conceptos propios de la teoría de la imputación objetiva, mencionando la sentencia SU -1184 del 22 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional, donde se examinaron los conceptos de deber de garante y los deberes consiguientes, riesgo permitido, principio de confianza, acciones a propio riesgo y prohibición de regreso.
* Se debía tener en cuenta que la simple causalidad no era suficiente para atribuir responsabilidad por la conducta, ya que igualmente se debía establecer, entre otros hechos: i) si se presentó un incremento del riesgo permitido: ii) no es objetivamente imputable una acción que no crea un riesgo desaprobado que esté fuera del ámbito de protección de la norma; iii) la teoría de los roles determina que quien actúe dentro de los límites de su rol no debe responder por el curso de un hecho lesivo; iv) en virtud del principio de confianza, quien cumple con su responsabilidad puede esperar lo propio de los demás; y v) no se puede atribuir un resultado si el hecho se origina en la culpa exclusiva de la víctima, o cuando esta acepta el riesgo.
* No obraba ningún elemento de prueba que indicara que el señor LBO hubiera actuado de forma imprudente o que infringiera el deber objetivo de cuidado, fuera de que obraba en su favor el principio de confianza.
* Para deducir la culpa por parte del conductor hay que examinar si la conducta imprudente fue causa del resultado y en este caso no se probó que el señor Brito transitara a exceso de velocidad, ya que el padre la víctima pudo alcanzar la buseta, e incluso de aceptarse que esa situación se presentó, no se reunía el criterio de la causalidad adecuada, al no cumplirse con los requisitos de previsibilidad objetiva, diligencia debida, incremento del riesgo y fin de protección de la norma.
* De acuerdo al criterio del delegado de la FGN, era necesario que el menor estuviera en un punto visible; que el indiciado hubiera estado en posibilidad de evitar el resultado, y que el exceso de velocidad o una distracción causada por su supuesta acompañante le hubiera impedido evitar el resultado.
* La víctima, quien tenía dos años de edad no estaba en capacidad de advertir el riesgo que ofrecía la vía y se encontraba allí sin la compañía un adulto, ya que había salido de manera intempestiva al ver llegar a sus padres, como estos lo dijeron, quienes reconocieron que habían dejado al niño al cuidado de uno de sus hermanos quien también era menor de edad, lo que impidió modificar el curso causal que puso en marcha la misma víctima, quien falleció por su culpa exclusiva, por lo cual no era relevante si el conductor transitaba o no a una velocidad excesiva, ya que la actuación del menor tenía el efecto de minimizar la conducta del conductor de la buseta.
* No consideró que la buseta transitara a exceso de velocidad, por cuanto el padre del menor alcanzó el bus corriendo y porque así lo señalaba el punto de impacto.
* Las entrevistas con las que contaba el representante de las víctimas para oponerse a la preclusión, terminaban por soportar la hipótesis de la FGN, razón la cual se debía se admitir que no se contaba con elementos de prueba que pudieran deducir la existencia de una conducta culposa, por lo cual resultaba procedente la preclusión solicitada al no poderse desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al indiciado.

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

5.1 Apoderado de la víctima (Recurrente)

* La conducta del imputado era culposa por cuanto no existía en el expediente prueba de huella de frenada y transitaba a alta velocidad en un barrio residencial sin tomar las precauciones debidas.
* El señor Brito no había intentado evitar el accidente, además sabía que había atropellado al menor y por eso intentó huir del sitio de los hechos.

5.2 Delegado del Ministerio Público (No recurrente)

* Comparte las consideraciones de la decisión de primera instancia por cuanto se fundamentaban en la teoría moderna del delito culposo, en la que se habla de la asunción de responsabilidad en caso de poder deducir en contra del implicado, elementos que demuestren que había vulnerado el deber objetivo de cuidado.
* En el presente caso se podía inferir que fue el menor fallecido quien intempestivamente atravesó la calle, lo cual correspondería a un evento de culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del implicado.
* Con respecto a la ausencia de huella de frenada referida por la defensa indicó que tenía una doble connotación; su ausencia indicaba que había sido tan intempestiva la presencia del menor en la vía que el conductor no se percató de ella y por otro lado de tenerse tal huella, se podría inferir que el menor invadió la vía lo que generaba una altísima probabilidad de preclusión.

5.3 Réplica del Fiscal

* Afirmó que con el dictamen pericial se había establecido la velocidad en la que se desplazaba el automotor y se demostró que era un poco menor que la máxima permitida, y que de igual manera podía observarse que la interacción del menor con el vehículo fue por un costado, lo que le impidió al conductor de la buseta tener conocimiento de esa cercanía intempestiva, fuera de que la ausencia de huella de frenada indicaba que el conductor no había tratado de huir del sitio del hecho, sino que no advirtió que hubiera arrollado al menor. Agregó que los padres de la víctima no habían hecho ninguna solicitud de aporte de pruebas, para oponerse a la solicitud de preclusión, por lo cual pidió que se confirmara la decisión recurrida.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto, con base en lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004[[2]](#footnote-2).

6.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe pronunciarse sobre el grado de acierto de la decisión de primera instancia, donde se aceptó la solicitud de preclusión que formuló la delegada de la FGN por la causal 6ª del artículo 332 del C. de P.P. que se relaciona con la: *“imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia”;* petición que fue aceptada por la juez de conocimiento y que dio origen al recurso interpuesto por el representante de víctimas.

6.3 En el presente caso el delegado de la FGN solicitó la preclusión con base en la causal antes citada, por considerar que de los EMP recaudados no se configuraban los elementos de la culpa y por tanto resultaba imposible desvirtuar la presunción de inocencia, petición que fue acogida por la juez de primer grado, por considerar en lo esencial que el señor LBO no incrementó el riesgo permitido, y que incluso de deducirse alguna conducta imprudente, en su caso debía primar el hecho que el accidente se había producido por culpa exclusiva de la víctima.

6.4 El apoderado de víctimas se opuso a tal decisión manifestando que: i) existía evidencia derivada de lo manifestado por los entrevistados, en la cual se indicaba que el conductor de la buseta transitaba a alta velocidad por un sector residencial y además venía discutiendo con una mujer que iba en la cabina de ese vehículo de servicio público; y ii) no se probó que hubiera huella de frenada, lo que indicaba que el señor LBO no detuvo la marcha de su vehículo luego de arrollar al menor, trató de huir del lugar de los hechos y tuvo que ser alcanzado por el padre de la víctima, señor Jorge Isaac Palomino[[3]](#footnote-3). Además adujo que la investigación había sido deficiente y solicitó que se ampliara la declaración del señor Palomino y su esposa Martha Cecilia Castrillón, puesto que en el momento que habían sido entrevistados no se encontraban en condiciones anímicas normales, y solicitó que se oficiara a la empresa de transporte a la cual estaba adscrito el señor Brito, para certificar si los conductores podían llevar acompañantes al lado de su puesto en las busetas que conducían[[4]](#footnote-4).

6.5 En este orden de ideas, para resolver el recurso propuesto se hacen las siguientes consideraciones, con base en las evidencias existente en la carpeta de la FGN:

6.5.1 En el informe policivo[[5]](#footnote-5) se da cuenta de la muerte del menor BDPC y se suministra la siguiente información relevante: i) el hecho ocurrió a las 19.40 horas del 13 de octubre de 2005, en el barrio “La Sultana” de Dosquebradas frente a la vivienda ubicada en la manzana 12, calles 27 y 28 del municipio de Dosquebradas; ii) el cuerpo del menor se encontraba a 3,8 metros de sardinel; iii) en el lugar donde quedó la víctima había buena iluminación artificial; iv) hacia la manzana 8 de donde venía la buseta se aprecia deficiencia en la iluminación artificial; v) no se encontraron señales de tránsito preventivas, reglamentarias o reductores de velocidad en ninguno de los dos sentidos de circulación, pues solo se apreciaba una señal preventiva de “NIÑOS EN LA VÍA” frente al sitio donde quedó el vehículo que causó la muerte del menor, sobre el sardinel que se encuentra en sentido contrario a la dirección que llevaba la buseta de placas WHL 279, debido a que esa vía originalmente era de un solo sentido y luego quedó de doble carril; y vi) la vía se encontraba en buen estado de conservación y en ese trayecto era amplia.

6.5.2 Igualmente se hizo referencia a una entrevista que le recibió al señor Jorge Isaac Palomino Castrillón, padre del menor BDPC, quien expuso que: i) la noche de los hechos, llegó a la manzana siete del barrio donde ocurrió el hecho, que era el lugar de su residencia; ii) observó una buseta que venía del sector de “El Mirador”, sin advertir nada anormal; iii) no vio a su hijo en la vía; iv) cuando estaba subiendo el andén de su casa escuchó un golpe; v) luego de ser advertido por su esposa vio al niño tirado en la calle; vi) la buseta siguió su marcha y paró más adelante; y vii) se subió por la parte trasera de ese vehículo y su conductor le dijo que “arreglaran”.

6.5.3 Se menciona también la entrevista tomada a la única pasajera de la buseta, que era la señora Dora Luz Hincapié Vega, quien dijo ser la esposa del señor LBO y dijo que: i) venía sentada en la silla delantera al lado del señor Brito; ii) al pasar por el barrio “La Sultana” se había caído una tableta de las que indicaban la ruta, por lo cual su cónyuge le dijo que la acomodara; iii) luego un niño empezó a pegarle a la buseta y a decir que parara; y iv) después de que se detuviera la marcha del automotor vio a un niño tirado en la vía, sin que hubieran sentido ningún golpe.

6.5.4 Se consignó otra información entregada por Fernando Alirio Agudelo Ruiz y Erika Valencia Ruiz, quienes aunque no presenciaron el suceso dijeron que según lo que decía la gente que se aglomeró alrededor del sitio donde quedó la víctima, el niño BDPC se encontraba jugando con otros menores junto a un cúmulo de arena y cuando vio llegar a sus padres en la moto atravesó la calle sin mirar la buseta que lo arrolló.

6.5.5 Por su parte la señora Martha Inés Ramírez Cortés dijo que se había enterado sobre lo ocurrido, luego de llegar a su casa y expuso que al frente de su residencia había un cúmulo de arena y unos ladrillos que se hallaban sobre la vía, sitio en el cual presuntamente se hallaba jugando el menor fallecido.

6.5.6 En el “formato de inspección técnica a cadáver”[[6]](#footnote-6) se menciona que: “…*según información recibida suministrada por la comunidad manifiestan que el niño se le atravesó a la buseta cuando este intentaba salar (sic) a su señora madre, quien en ese momento llegaba de su trabajo...”.* Igualmente se expuso que: *“no se encuentran huellas de pisada ni tampoco de frenado”,* y que: *“la vía se encuentra en perfecto estado, la arena y los ladrillos se encuentran a ambos lados de la vía, pertenecen a la casa 12 MZ 28 se corrige MZ 12 casa 28”.*

6.5.7 En el formato de “Actuación de primer respondiente”[[7]](#footnote-7), se menciona: *“El menor estaba jugando frente a la MZ 12 CASA 27, cruzó la calle y venía la buseta de la Cooperativa San Fernando No, lateral 139 y lo arroyó (sic) causándole la muerte en forma instantánea”.*

6.5.8 Obra una manifestación escrita del conductor de la buseta[[8]](#footnote-8) según la cual: *“Yo vengo cumpliendo mi ruta cuando de repente me aparece un niño que (ilegible) a las carreras de su casa, cuando freno es porque el niño estaba debajo del carro”.*

6.5.9 En una entrevista rendida el 14 de octubre de 2005, el señor Jorge Isaac Palomino Moreno se refirió a lo sucedido indicando que “(…) *mi hijo salió de la casa como a encontrarme, al salir a la calle una buseta que venía muy rápido atropelló mi bebé causándole la muerte en forma inmediata; yo venía llegando a mi casa en mi moto cuando observé que la buseta bajaba rápido, el conductor al parecer venía entretenido con una mujer en la parte de adelante y considero que fue por imprudencia del conductor de la buseta al venir distraído con una dama ya que no traía más pasajeros. Solo venía con una señora, al acercarme al lugar observé que la buseta no se detenía, solo se detuvo luego de atropellar al bebé porque yo me le monté por la parte de atrás y le dije que se detuviera, ese señor irresponsablemente me invitó a que arregláramos los dos*” [[9]](#footnote-9). Es de anotar que en el informe del 13 de octubre de 2005, el señor Palomino Moreno había expuesto que: “(…) *Yo tiré la moto y arranque haber (sic) qué pasaba y vi a mi hijo tirado en la calle, la buseta siguió y paró más adelante, me alcancé a subir por la puerta de atrás, le dije al conductor que se bajara haber (sic) qué había pasado, él me contestó venga arreglemos, cuando ya se bajó ya no había nada que hacer porque el niño ya estaba en la calle muerto*[[10]](#footnote-10)”.

6.5.10 Obra el formato de entrevista de la señora Martha Cecilia Castrillón Sierra, madre de la víctima[[11]](#footnote-11), quien expuso: “… *observamos que una buseta de la empresa San Fernando en dirección contraria venía hacia el niño a muy alta velocidad, el niño estaba (ilegible) jugando en la arena y de pronto la buseta le dio de frente en la cabecita... la buseta le pasó prácticamente por encima y media cuadra se detuvo porque mi esposo Jorge salió detrás de la buseta”.* La señora Castrillón le atribuyó la responsabilidad por el hecho al conductor de la buseta, manifestando que había escuchado comentarios en sentido de que el señor Brito venía distraído porque estaba discutiendo con una mujer que iba al interior del mismo automotor.

6.5.11 Por su parte de la entrevista rendida por la señora Ana Milena Restrepo Velásquez[[12]](#footnote-12) se deduce que vio la buseta que transitaba a alta velocidad por el sitio donde estaban unos niños jugando con arena y que luego escuchó un escándalo y vio el cuerpo del niño, agregando que el conductor de la buseta detuvo la marcha luego de que el padre del infante lo alcanzara.

6.5.12 En un informe “Formato de investigador de campo”, firmado por Jhovanny Villota Gálvez, se cita lo expuesto por Alba Lucía Ruiz Londoño[[13]](#footnote-13) expuso que: *“para ese día se encontraba en el antejardín de su casa desde donde observó a varios menores que jugaban sobre una arena, cuando de repente vio una buseta que se desplazaba a gran velocidad, impactó con su parte delantera lado derecho al niño Brian David, deteniéndose más adelante luego de que el señor Jorge Isaac su padre, persiguiera la buseta y posteriormente amenazara al conductor con un arma blanca para que se detuviera*”.

Se consignó también en dicho informe de investigador de campo que “*mediante las labores de vecindario realizadas por el sector, se pudo determinar que todas las versiones recolectadas a través de las personas que residen por el lugar y que para ese día se encontraban por el sitio, coinciden con las entrevistas recibidas a la señora Martha Cecilia Castrillón Sierra madre del óbito, así como la de la señora Ana Milena Restrepo Velásquez, en el sentido de que el vehículo tipo buseta de transporte urbano adscrito a la empresa Urbanos San Fernando se desplazaba a gran velocidad, además de que su conductor discutía con una mujer la cual ocupaba la silla de la cabina contigua a este, razón por la cual este pudo haber estado distraído, ocasionando el no percatarse de la presencia del menor de tres años de edad, quien jugaba sobre la arena; es de anotar que la calle es suficientemente amplia para que dos vehículos transiten cómodamente, aparte de esto posee varios postes del alumbrado público que según los moradores del sector ofrece excelente visibilidad en las horas nocturnas...”*[[14]](#footnote-14).

6.5.13 En ese sentido se observa que pese a que algunos de los testimonios recibidos dan a entender que pudo existir alguna responsabilidad del conductor de la buseta, la petición del delegado de la FGN se centró específicamente en los siguientes hechos: i) el menor BDPC, quien para la fecha de los hechos tenía dos (2) años de edad se encontraba jugando en la parte externa de su casa en un arenal que estaba cubierto por arrume de ladrillos e intentó cruzar la vía cuando vio llegar a sus padres a su casa; ii) la buseta no arrolló al menor de frente sino que la interacción fue de manera frontal, lo que le dificultaba al conductor haber observado a la víctima y le impidió hacer alguna maniobra para evitar el accidente; iii) el señor Brito ni siquiera se dio cuenta del momento en que lesionó al menor, hasta el punto de que continuó su recorrido, siendo advertido del hecho cuando lo alcanzó al padre de la víctima; y iv) el hecho de que el padre del niño hubiera alcanzado la buseta, trasladándose a pie, indicaba que el conductor de ese vehículo no transitaba a una velocidad excesiva.

6.5.14 Estos argumentos fueron acogidos por la juez de primer grado al considerar la situación particular de la víctima que era un niño de dos años, que por su edad no tenía ninguna capacidad de advertir el riesgo que podía correr al atravesar la vía, el cual había sido dejado por sus padres al cuidado de otro menor de edad y se encontraba jugando cerca a una vía pública, de donde salió al observar que llegaban sus progenitores, por lo cual concluyó que se había presentado una situación de culpa exclusiva de la víctima, lo que hacía que no resultara relevante la discusión sobre la velocidad a la que transitaba la buseta conducida por el señor Brito, que además en criterio de la *A quo* no superaba los límites normales[[15]](#footnote-15), ya que el padre del menor por sus propios medios pudo alcanzar ese automotor y porque así lo señalaba el punto de impacto.

6.5.15 En ese sentido hay que manifestar que con las fotografías anexadas, se advierte que el conductor de la buseta no estaba en capacidad de observar la señal preventiva de “niños en la vía ” ya que esta no se encontraba de frente al automotor que conducía, como se expuso en el informe de accidente de tránsito donde se dijo lo siguiente: *“No se encontraron señales de tránsito preventivas, reglamentarias o reductores de en ninguno de los dos sentidos de circulación, pues solo se aprecia una señal preventiva de “NIÑOS EN LA VIA” frente al sitio donde quedó este vehículo después del accidente sobre el sardinel, pero esta se encuentra sentido contrario a la dirección que llevaba la buseta”[[16]](#footnote-16)* (subrayas ex-texto). Igualmente en los anexos de ese informe, se manifiesta que “...*según información suministrada por la comunidad manifiestan que el niño se le atravesó a la buseta cuando este intentaba salar (sic) a su señora madre quien en ese momento llegaba de su trabajo“[[17]](#footnote-17)*(...) *“No se aprecia huellas de pisada, ni tampoco de frenado”.* Además se anexó una versión del indiciado, según la cual: “...*yo vengo cumpliendo mi ruta cuando de repente me aparece un niño que sale a la carrera de su casa cuando freno es porque el niño ya estaba debajo del carro[[18]](#footnote-18).*

6.16 Hay que agregar que no existe ninguna evidencia que indique que el accidente se hubiera producido por alguna situación relacionada con el estado mecánico del automotor que manejaba el acusado, ya que en el examen practicado por la Secretaría Municipal de Tránsito y Transporte de Dosquebradas se certificó que: *“El vehículo presenta óptimo estado de conservación y de mantenimiento . Estado mecánico: bien de frenos (principal y de seguridad, dirección, llantas, pito, plumillas, espejos retrovisores y luces en general (altas, bajas, medias direccionales)[[19]](#footnote-19),* y además tenía vigente y aprobado el certificado de revisión técnico mecánico [[20]](#footnote-20)

6.17 Por lo tanto resulta consistente el argumento central de la decisión recurrida, en el sentido de que la evidencia existente no permitía desvirtuar la presunción de inocencia del señor Brito, al poderse inferir válidamente que el hecho se originó en la culpa exclusiva de la víctima, ya que el menor BDPC atravesó la calle intempestivamente en el momento en que pasaba la buseta al ver que llegaban sus padres, siendo evidente que en razón de su corta edad no podía esperarse que hubiera asumido alguna conducta dirigida a preservar su integridad, por lo cual resulta posible inferir que el ingreso abrupto del infante a la vía por donde transitaba el vehículo de servicio público, fue una situación que escapó al control del señor Brito, quien no estaba en capacidad de observar la señal de precaución que indicaba la presencia de niños en la vía, lo que explica que no hubiera impactado al niño de frente sino con el lateral de la buseta, por lo cual continuó su marcha sin notar que había atropellado al menor, lo que se corroboró por la inexistencia de huella de frenado, y lo manifestado por la señora Dora Luz Hincapié Vega -quien era la acompañante del conductor en el momento del accidente- , quien expuso que: “*en ese momento un niño empezó a pegarle a la buseta y decía que parara, mi esposo paró y el niño dijo lo mató, volteé a mirar hacia atrás y observé a un niño tirado en la vía, yo no vi al niño, no sentí ningún golpe, ni que hubiéramos pisado algo, en la buseta veníamos solo mi esposo y yo, no tengo más nada que decir*[[21]](#footnote-21)”.

6.18 Ahora bien, se advierte que como consecuencia de la decisión de la jueza de conocimiento -que consideró que en este caso no se había demostrado la existencia de una conducta imprudente que se pudiera atribuir al procesado por cuanto se trataba de un evento de culpa exclusiva de la víctima-, resultaba aplicable el artículo 332-6 del CPP, ya que no había evidencias para demostrar que el indiciado incurrió en una conducta culposa por violación del deber objetivo de cuidado.

6.19 En la sentencia C- 920 del 7 de noviembre de 2007 de la Corte Constitucional, se expuso lo siguiente sobre el instituto de la preclusión de la investigación dentro del esquema de la ley 906 de 2004:

*“4. La preclusión en el marco de la estructura del proceso de tendencia acusatoria.*

*(…)*

*4.2. La nueva regulación constitucional introducida por el Acto legislativo 03 de 2002 (Art. 250.5 C.P.) separó a la Fiscalía General de la Nación de la facultad de precluir las investigaciones, y asignó de manera expresa tal función al juez de conocimiento. Esta configuración, se armoniza con los rasgos fundamentales del nuevo modelo de investigación y juzgamiento conforme al cual, no obstante radicar en la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de la misma y la definición del proceso se adscribió al juez, ya sea a través del control sobre la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia.*

*De manera contundente el inciso segundo del artículo 250 de la Constitución establece que “En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:*

*(…)*

*5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”.*

*Se trata de un claro mandato para el Fiscal de formular, ante el juez de conocimiento la solicitud de preclusión, en aquellos eventos en que no hubiese podido recolectar evidencia, o elementos materiales de prueba que le permitan sostener una acusación. Es ésta una hipótesis que se funda en los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, en los que tradicionalmente se ha inspirado la figura de la preclusión de la investigación.*

*(…)*

*Más allá de una potestad derivada de la autonomía que la Constitución asigna al fiscal para el ejercicio de la acción penal, configura un imperativo que pretende introducir, en la fase de investigación, un factor de equilibrio entre los poderes del fiscal y los derechos del imputado, en aras de preservar la garantía de presunción de inocencia que lo ampara. No obstante, esta potestad que la ley radica de manera exclusiva en el fiscal, durante la investigación, no es objeto de este juicio de constitucionalidad que se contrae al alcance del parágrafo del artículo 332 que regula las causales de preclusión que pueden ser invocadas durante el juzgamiento.*

*(…)*

*4.7. Teniendo en cuenta ese marco estructural, observa la Corte que desde una visión sistemática resulta plausible que sea en el momento de culminación de la investigación, y de consiguiente valoración de una eventual acusación por parte del fiscal, que surja la necesidad de plantear la preclusión de la investigación, por ausencia de mérito para sostener una acusación, ya sea por razones sustanciales atinentes a la responsabilidad del imputado, debido a la inexistencia de soporte probatorio adecuado sobre cualquiera de los aspectos de la imputación, o por razones procesales relacionadas con la procedibilidad de la acción, o el vencimiento de los términos legales.”*

6.20 En consecuencia se considera de manera coincidente con la juez de primer grado, que en el caso *sub examen,* la FGN no contaba con medios probatorios para desvirtuar la garantía de presunción de inocencia del procesado, que constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata según lo dispuesto en los artículos 29 y 85 de la CP., y que en este caso guarda relación con la existencia de culpa exclusiva de la víctima, que fue determinante para la causación del hecho investigado, situación que no fue controvertida de fondo por el recurrente, quien se limitó a afirmar que el acusado transitaba a alta velocidad por un sector residencial sin tomar las precauciones debidas y que no se encontró ninguna huella de frenada que indicara que el conductor de la buseta hubiera tratado de evitar el accidente.

6.21 Se manifiesta lo anterior porque no se acreditó la existencia de algún testigo de los hechos que desvirtúe que el infortunado menor BDPC realizó ese acto que tuvo injerencia directa para provocar su muerte, tal como se dijo en la decisión de primer grado, basada en los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva.

Sobre el tema se citan apartes de CSJ SP del 27 de noviembre de 2013, radicado 36842, donde se dijo lo siguiente:

*“En tal sentido, la Corporación se ha pronunciado con antelación:*

“*En casos como el analizado, la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal.*

*Dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima.”*

6. 22 Como se expuso, la juez de primer grado consideró que en este caso se debía acoger la posición del delegado de la FGN, para lo cual consideró con fundamento en precedentes de la SP de la CSJ y de la Corte Constitucional, que acudiendo a los criterios de la teoría de la imputación objetiva, como correctivo de conceptos naturalísticos basados en la equivalencia de condiciones, la simple causalidad no era suficiente para atribuir responsabilidad por la conducta, ya que en su criterio no se reunían los elementos que integran la conducta culposa, ya que la víctima, quien tenía dos años de edad no estaba en capacidad de advertir el riesgo que ofrecía la vía y se encontraba allí sin la compañía un adulto, ya que había salido de manera intempestiva al ver llegar a sus padres, como estos lo dijeron, quienes admitieron que habían dejado al niño al cuidado de uno de sus hermanos quien también era menor de edad, lo que impidió modificar el curso causal que puso en marcha el afectado, quien falleció por su culpa exclusiva, por lo cual no era relevante si el conductor Brito iba o no a una velocidad excesiva, ya que la actuación del menor tenía el efecto de minimizar la conducta del conductor de la buseta, quien tampoco transitaba a una velocidad excesiva, lo que se comprobó con el hecho de que el padre del menor fallecido pudo alcanzar fácilmente el vehículo de servicio público luego del accidente.

6.23 En la sentencia CSJ SP del 31 de octubre de 2012 radicado 39817, se precisaron las exigencias de la preclusión de la investigación en los casos en que se invoca la causal prevista en el artículo 332-6 del CPP. Para el efecto se dijo lo siguiente:

*“(…)*

*“… la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, ejerce el poder punitivo estatal de manera reglada, esto es, siguiendo las precisas pautas constitucionales y legales que le indican cuando puede imputar cargos o acusar a los ciudadanos y cuando está autorizada para cesar la persecución penal.*

*Así, conforme al artículo 287 ibídem, “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es el autor o partícipe del delito que se investiga”.*

*Y según el canon 336, “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.*

*De esta manera, si en la actuación no se obtiene material probatorio del que se pueda inferir razonablemente la autoría o participación del indiciado en el delito que se investiga, la Fiscalía no estará habilitada para formular imputación. Tampoco podrá radicar acusación si el material probatorio acopiado no refiere con probabilidad de verdad la existencia del delito y la responsabilidad del imputado. (Subrayas fuera del texto original).*

*En otro sentido, el artículo 250 numeral 5 de la Constitución Nacional faculta a la Fiscalía, como titular de la acción penal, para solicitar la preclusión de la investigación cuando “no hubiere mérito para acusar”, lo cual debe hacerse de cara a las causales establecidas en la ley…”.*

6.24 En ese orden de ideas, se puede manifestar que en este caso la FGN no contaba con medios probatorios para desvirtuar la garantía de presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata según lo dispuesto en los artículos 29 y 85 de la CP.

6.25 Se manifiesta lo anterior porque no se acreditó la existencia de algún testigo de los hechos que desvirtúe que el infortunado menor BDPC penetró de manera intempestiva a la calzada por donde transitaba la buseta que manejaba el señor LBO y que ese fue el acto determinante para que se produjera el hecho, situación que no era previsible para el indiciado, por lo cual puede afirmarse que si se suprime mentalmente la conducta de la víctima el resultado no se habría producido.

6.26 Por ello se considera que le asistió razón a la funcionaria de primer grado para considerar que en este caso, desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, examinada en CSJ SP del 27 de octubre de 2004, radicado 20926, no era posible atribuir normativamente al indiciado la comisión de la conducta culposa que se le atribuía, para lo cual se debe tener en cuenta que en esa sentencia se expuso lo siguiente:

*“(…) se debe recordar que la imputación jurídica del resultado, que se constituye en el primer nivel de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, se sustenta en el principio de que el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta de manera efectiva en la producción del resultado, es el fundamento de la imputación, con lo cual se pretende superar aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad (teoría de la equivalencia, conditio sine qua non, causalidad adecuada, relevancia típica).*

*En ese margen, los criterios de imputación objetiva parten de dos supuestos básicos: el de riesgo permitido y el principio de confianza, que determinan el estado de interacción normal de las relaciones sociales y de los riesgos que en ellas se generan. De manera que, sólo cuando la víctima asume conjuntamente con otro una actividad generadora de riesgos (lo cual acá no ocurre), puede eventualmente imputársele el resultado a la víctima, siempre que esta tenga conocimiento del riesgo que asume. En consecuencia, si es el autor quien recorre la conducta descrita en el tipo penal (quien crea el riesgo), el resultado debe serle imputado a aquel y no a la víctima, pues ésta obra dentro del principio de confianza que le enseña que en el tráfico de las relaciones sociales el vendedor realizará el comportamiento en el ámbito de competencia que le impone la organización.*

*Si se quisiera ir más allá, podría también decirse que “actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro – no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.”[[22]](#footnote-22)*

6.27 Se debe agregar que de acuerdo a CSJ SP del 31 de octubre de 2012, radicado 39817, si la FGN no cuenta con evidencia suficiente para presentar un escrito de acusación, ya que los EMP recaudados no generan probabilidad de verdad sobre la responsabilidad del acusado, resulta procedente que se solicite la preclusión de la investigación, con base en la causal prevista en el artículo 332-6 del CPP., como ocurrió en este caso, donde la evidencia recaudada indica que no le resultaba posible al ente acusador desvirtuar la garantía constitucional de presunción de inocencia que ampara al indiciado.

6.28 Esa posición resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución de 1991, que establece que la Fiscalía General de la Nación está obligada a *“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, querella o de oficio* siempre y cuando medien motivos y *circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.”*

6.29. En atención a lo expuesto por el órgano de cierre en materia penal, sentencia CSJ SP del 20 de mayo de 2003, radicado 16636, se puede plantear que en el caso *sub examen,* no existe ninguna evidencia que demuestre que el señor Brito incrementó el riesgo permitido al conducir su vehículo y que esa conducta tuvo injerencia en el resultado producido, por lo cual en atención a los correctivos que la dogmática penal le ha impuesto a la teoría de la equivalencia de condiciones, no resulta posible imputarle objetivamente la realización de una conducta antijurídica determinante para la causación del resultado. En el precedente mencionado se expuso lo siguiente:

*“1. Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es "obra suya", o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado" (artículo 9o.).*

*2. En casos como el analizado, la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal.*

*Dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima.”*

6.30 Las situaciones enunciadas llevan a concluir que en el caso en estudio, si se suprime la conducta de la víctima, no se habría producido el resultado, lo cual igualmente lleva a desvirtuar la causal de agravación deducida de la presunta huida del señor Brito del lugar de los hechos, situación que fue considerada al examinar el término máximo de prescripción de la acción penal en este caso, con base en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 110 del CP (antes de ser modificado por la ley 1236 de 2009).

6.31 En ese orden de ideas, la Sala considera que frente a la decisión de primer grado, se debe tener en cuenta lo manifestado en CSJ SP del 28 de octubre de 2015, radicado 42.949, donde se dijo lo siguiente:

*“... es evidente que la preclusión es una salida procesal que, por hacer tránsito a cosa juzgada, exige la demostración, a nivel de certeza, de alguna de las causales que el legislador previo para su decreto.*

*En el sentido expuesto, se pronunció recientemente esta Corporación, en CSJ AP 22 Ab. 2015, Rad. 45138, de la siguiente forma:*

*«El análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, tendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal».*

*Ahora bien, cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el in dubio pro reo.* (Subrayas ex texto)

A su vez, en la decisión CSJ SP del 5 de octubre de 2016, radicado 45851 se expuso

“*...En este punto cabe aclarar, que el in dubio pro reo se constituye en un argumento válido y pertinente para efectos de demostrar la concurrencia de la causal de preclusión contenida en el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, cuya certeza sobre su configuración exige acreditar que: (i) los elementos de convicción hallados no permiten sustentar la acusación –situación entre la que se cuenta, por ejemplo, la imposibilidad de superar el estadio de la duda- y (ii) no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan eventualmente cumplir esa función, o que “ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional”[[23]](#footnote-23).* (Subrayas ex texto)

6.32 En ese sentido hay que agregar que pese a haberse considerado el incremento del término de prescripción en el presente caso que iba hasta el máximo de la pena a imponer, partiendo de la existencia de manifestaciones que aludían a una posible huida del indiciado del sitio de los hechos, es evidente que la causal de agravación que fue considerada en lo relativo a la pena máxima a imponer por la conducta, en los términos del artículo 110 del CP, antes de la modificación introducida por la ley 1236 de 2009, para establecer que la prescripción de la acción penal operaba en 162 meses a partir de la fecha del hecho, al no haberse interrumpido por la vía de la formulación de imputación[[24]](#footnote-24), estaba supeditada a la existencia de pruebas que determinaran la responsabilidad del indiciado por la conducta culposa investigada, situación que no se presenta en este caso, al no poderse desvirtuar la garantía de presunción de inocencia del incriminado, siguiendo el axioma de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

6.33 Sobre el tema de la prevalencia de la decisión absolutoria, sobre la que declara la prescripción de la acción penal, se cita el precedente CSJ SP del 12 de octubre de 2016, radicado 46032, donde se dijo lo siguiente:

*“... Como quiera que la procesada MARTHA LILIANA GUEVARA también fue acusada por la Fiscalía como presunta coautora penalmente responsable del delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, y como la prescripción que se advierte cobija la resolución acusatoria, lo lógico sería que respecto de ella la Corte también declarara la prescripción de la acción penal.*

*No obstante, como esta Sala[[25]](#footnote-25) es de la tesis que cuando se presenta tensión entre la alternativa de declarar la prescripción de la acción penal y optar por la absolución, debe resolverse a favor de la que reporte mayor significación sustancial para el procesado, que no es otra que el derecho a la absolución.*

*Sobre dicho particular[[26]](#footnote-26), ha señalado que:*

*“Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esa forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En esos casos, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado.*

*“Recuérdese que, según lo tiene dicho la Sala, “una de las características de la nulidad es que debe prosperar si se advierte que con la sentencia se ha causado un daño al procesado y que con la recomposición del proceso obtendría un beneficio, es decir, un bien’[[27]](#footnote-27) (se resalta, ahora)”.*

*A este respecto, asimismo la Corte[[28]](#footnote-28) ha precisado lo siguiente:*

*“El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general.*

*“También presupone una variación en el concepto tradicional del principio de prioridad, que enseña que los cargos de nulidad deben necesariamente prevalecer en su postulación, estudio y efectos inherentes a ellos, sobre los que sólo plantean errores in iudicando o de juicio, pues frente a esta nueva interpretación doctrinal pierde el carácter absoluto que lo caracterizaba, para tornarse relativo, en virtud de la introducción de nuevos referentes de valoración, distintos de la simple legalidad o ilegalidad del procedimiento.*

*“Es posible que esta nueva postura doctrinal no sintonice con la lógica casacional tradicional, ni con la técnica propia del recurso, pero rescata, sin lugar a dudas, la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional”.*

6.34 Siguiendo el anterior razonamiento, se considera que en el caso *sub examen,* se debe aplicar el criterio de prevalencia de la declaratoria de preclusión, sobre la prescripción de la acción penal, como se dijo en apartes de CSJ SP del 10 de septiembre de 2014, radicado 30693 así:

*«Al tenor del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la norma, el cual nunca será inferior a cinco años, término que se incrementa en una tercera parte si quien comete la infracción es un servidor público.*

*Como el delito de falsedad en documento privado tiene señalada una pena máxima de 6 años, dada la calidad de servidor público del incriminado debe aumentarse en la proporción indicada, de modo que el lapso máximo de prescripción en este caso es de ocho años.*

*Por manera que, considerando la época de comisión del presunto delito y el periodo transcurrido desde la misma a hoy, es claro que se han superado los ocho años referidos, lo cual se cumplió en marzo del corriente año.*

*No obstante, la Sala no decretará la prescripción de la acción penal, sino que en aras de proteger garantías de las partes como la presunción de inocencia, igualmente, precluirá la investigación por este delito.*

*(...)*

*Por manera que, prevalece la preclusión como forma de calificación del mérito del sumario, que la misma como consecuencia de la prescripción de la acción penal, de modo que así se proveerá en la parte resolutiva».*

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por la juez penal del circuito de Dosquebradas, mediante la cual precluyó la investigación a favor del señor LBO, por el delito de homicidio culposo, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Conforme aparecen narrados en el expediente, visible a folios 1 y 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. “Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito”. [↑](#footnote-ref-2)
3. A partir de H: 00.16.47 [↑](#footnote-ref-3)
4. A partir de H: 00.16.14 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 1 a 17 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 5 a 11 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 14 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 17 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 26 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 55 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 56 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 48 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 48. [↑](#footnote-ref-14)
15. En un informe que se anexo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se expuso que : `” Con base en la distancia de longitud de 17.10 metros comprendida entre la ubicación del menor y la posición del eje trasero de la buseta NPR se encontró que la velocidad en el sitio donde quedó el occiso era de entre 29 y 46 km/h)Folio 60 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 2 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 6 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 17 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 20 [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 33 a 34 [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional, sentencia SU 1184 de noviembre 13 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ AP 27 Ene. 2016, Rad. 47206. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sobre el tema ver sentencia C- 127 del 2 de marzo de 2011 Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr. Sentencia de casación de 5 de mayo de 2010. Rad. 30948 [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. entre otras, sentencia de casación de 10 de junio de 2008 Rad. 28693 y casación 27816 de 17 de junio de 2009. [↑](#footnote-ref-26)
27. Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 19775. [↑](#footnote-ref-27)
28. En la referida providencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948. [↑](#footnote-ref-28)