



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2016-28689
Procesado: Osvaldo Alberto Saldarriaga Giraldo
Delitos: Homicidio culposo
Asunto: Apelación auto que deniega preclusión
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 47

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra del auto emitido el 26 de enero pasado, por medio del cual el Juez 10° Penal del Circuito de Medellín rechazó la solicitud de preclusión de la investigación seguida en contra del señor *Osvaldo Alberto Saldarriaga Giraldo*.

ANTECEDENTES

1. DE LOS HECHOS

El día 3 de junio de 2016, cerca de las 5.58 de la tarde en la calle 55 con carrera 43 de esta ciudad, la señora Aracely Vega Martínez encontró la muerte cuando atravesaba la calle por la zona de tránsito peatonal y fue atropellada por el vehículo de servicio público adscrito a vía terrestre S.A de transporte especial, distinguido por las placas TMY414, conducido por el ciudadano Osvaldo Alberto Saldarriaga Giraldo, que transitaba por la carrera 43 y giró a la izquierda para tomar la calle

55, autorizado por el semáforo en verde y a una velocidad inferior a 30 kilómetros por hora, limite que no debía sobrepasarse en el lugar, sin que conste claramente, si el accidente pudo haber sido evitado por el conductor.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez no accedió a la solicitud de preclusión, efectuada con base en la causal 6ª del artículo 332 de la ley 906, es decir, por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que si bien la Fiscalía logró poner en duda la responsabilidad del indiciado al demostrar que transitaba autorizado por el semáforo en verde y a una velocidad por debajo de la establecida para ese tipo de vías, que es de 30 kilómetros por hora, al hacerlo a un promedio de 20 a 25 kilómetros, los apoderados de las víctimas presentaron un dictamen en el que se planteó la posibilidad de que el conductor tuviera visión sobre el cruce que hacía la peatona de la vía, con lo cual se le atribuye falta al deber de cuidado en la conducción, sin que pueda, a su juicio, establecerse de quien es la culpa determinante del resultado, de modo que al no encontrar propicio el escenario de la audiencia de preclusión para controvertir la prueba, entiende que debe hacerse en el juicio oral.

3. LA SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN DE LA FISCALÍA

La Fiscal delegada impugna la decisión en tanto considera que la audiencia de preclusión es el escenario apropiado para discutir la procedencia de las causales de preclusión y la Fiscalía agotó la fuente de prueba, entre ellos, por labores de campo, se ubicó un testigo que no logró precisar en qué momento la occisa intentó pasar la vía, en la cual el semáforo peatonal estaba dañado conservándose en rojo como da cuenta el grupo de policía judicial, pese a que la secretaría de movilidad diga que los semáforos se encontraban funcionando, de modo que no puede descartarse que de una manera intempestiva la víctima atravesara la vía, mientras que el indiciado se encuentra amparado por el principio

de confianza pues no espera que un peatón le salga a la vía cuando transitaba con el semáforo en verde, de manera que ni siquiera puede hacer inferencia razonable de autoría para imputar.

De otro lado, censura el dictamen de las víctimas ya que se sustenta en aspectos subjetivos y no objetivos y la duda que puede generarse por el campo visual que tendría el conductor, según dicha pericia, es difícil establecer porque no se tiene certeza de la ubicación de la víctima.

En consecuencia, pretende la revocatoria de la decisión apelada, pues considera que los elementos materiales probatorios permiten analizar la presencia de la causal invocada u otra como la atipicidad de la conducta, que obligarían a precluir la investigación.

4. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

4.1 De la apoderada de la víctima Wilfrido Antonio Álvarez:

Disiente de lo planteado por la Fiscalía, pues el tema de los semáforos no se ha agotado, ya que algunas versiones se refieren a que estaban en una fase y otros en una diferente, a lo que se agrega que el conductor tenía un amplio campo visual. Entiende que a las víctimas se les daría garantías y quedarían satisfechas con que se agotara el debido proceso y se conociera como sucedieron los hechos.

4.2 Del apoderado de la víctima Diana María y Darío José Mesa Vega.

Discrepa de lo manifestado por la Fiscalía sobre que el informe presentado por ellos sea sustentado en aspectos subjetivos, pues estima que, por el contrario, lo que se hace es demostrar objetivamente que en ese lugar de los hechos y con la trayectoria que llevaba el vehículo de servicio público era posible que el conductor divisara a la peatón, sin que

este sea el escenario para controvertir las pruebas pues se hace necesaria la presencia de las personas que elaboraron los informes para que cierta y técnicamente puedan debatirse todos los puntos que estén en controversia. Considera que se hace necesario ahondar en el tema para brindarles mayor protección a las víctimas.

4.3 Del defensor:

Coadyuvo la sustentación del recurso que hizo la Fiscalía.

5. LAS CONSIDERACIONES

Para resolver la impugnación, inicialmente la Sala detendrá su atención en la verificación de si la preclusión es la vía adecuada para ventilar el asunto planteado, luego hará algunas consideraciones sobre los presupuestos materiales para decretar la preclusión, con referencia a las particularidades propias de la causal sexta, que para dichos efectos fue invocada y el deslinde con los soportes que requiere la acusación y por último, descenderá al caso concreto para establecer si puede considerarse demostrada la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

5.1.- Dado que cuando no media imputación, coexiste la posibilidad de precluir la investigación o archivarla, conforme a lo establecido en el artículo 79 del Código Procesal Penal Acusatorio, conviene examinar los presupuestos de procedencia de una u otra figura, pues la misma no depende del arbitrio del solicitante, sino de lo que imponga el derecho.

Según el enfoque constitucional de la sentencia C-1154 de 2005, en los casos en que la Fiscalía, sin haber efectuado imputación, constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de la conducta como delito, o no indiquen la existencia

del hecho indagado, siempre que estos aspectos correspondan a la tipicidad objetiva de la hipótesis delictiva, podrá disponer el archivo; el que se deberá ordenar motivadamente y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

Pero no comprometida la tipicidad objetiva, la senda adecuada cuando no se estime procedente acusar o incluso imputar, es la preclusión. Así ocurre en este caso, en el que la discusión de la causal invocada consistente en si es posible desvirtuar la presunción de inocencia, depende de si en el juicio oral se podrá demostrar que existe culpa en el indiciado, y de ser así, si es la falta de su deber objetivo de cuidado la causa determinante en la producción del accidente y no la de la víctima, en tanto siguiendo los postulados del auto de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Rd. 2007-00019, para despejar dichos aspectos se requieren hacer valoraciones reservadas a la autoridad jurisdiccional; por esta razón, el Tribunal entiende que la vía procesal adoptada es la apropiada.

5.2.- Ingresando, entonces, en la resolución del asunto, conviene dejar sentada como premisa básica que le corresponde a la Fiscalía satisfacer la carga de la prueba de la causal de preclusión en la que soporte su pretensión, arrimando elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida que permita aseverar con certeza su procedencia, pues para ello no basta la mera probabilidad. Así lo tiene entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data en providencia del 15 de julio de 2009, Rd. 31.780, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamaca, dijo:

“De manera tal que tratándose de la aplicación del instituto de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, la

cual no se satisface con la simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza.”

A la sazón, además de tener el solicitante que cumplir con obligaciones argumentativas, la jurisprudencia le exige el cumplimiento con suficiencia de una carga demostrativa de la causal invocada, pues si luego del análisis de lo que aduce el señor Fiscal lo que resulta es que hay duda sobre su procedencia, la conclusión no puede ser otra que la negativa a su petición.

Respecto al motivo de preclusión contenido en el numeral 6 del artículo 332 de la ley 906 de 2004, esto es, “*la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*”, nuestro máximo organismo de la jurisdicción ordinaria ha dicho:

“Entiende la Corte que en virtud de la particular tarea investigativa adelantada por la Fiscalía y conforme las vicisitudes propias de la misma, es al fiscal a quien le compete, con pleno conocimiento de causa, verificar el alcance de esos medios recogidos y, en lo que atiende a la causal sexta inserta en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, determinar si con ellos es o no posible desvirtuar la presunción de inocencia, a la luz de circunstancias no solo probatorias, sino materiales y logísticas.

Entonces, en principio, es el criterio del fiscal el que debe gobernar la decisión.

Empero, como en el diseño procesal se exige directa y profunda intervención del juez y, además, por virtud de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, es necesario que se haya demostrado fehacientemente la causal invocada, del primero se demanda, para que su pretensión tenga buena fortuna, ofrecer elementos objetivos que permitan verificar

cubiertos a satisfacción los requisitos que determinan la imposibilidad de continuar con el proceso.

Para efectos de la causal sexta aducida en el asunto examinado, como quiera que ella dice relación específica con los elementos de juicio recabados, o pasibles de recabar, y su muy limitado efecto suasorio en procura de derrumbar la presunción de inocencia que como imperativo constitucional acompaña la condición sub iudice del indiciado, al fiscal solicitante le competía no solo demostrar fehacientemente, con criterios objetivos, que no es posible soportar la acusación a partir de los medios existentes, sino que no existen otros que puedan eventualmente cumplir esa función, o mejor, que ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional.” (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, providencia del 27 de enero de 2016, Rd. 47.206)

Entonces, para hablar de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia el primer presupuesto que se requiere cumplir es el agotamiento de los esfuerzos investigativos y que lo recaudado objetivamente permita evidenciar que llevar a juicio el caso implicaría un desgaste innecesario a la administración de justicia, pues no podría afirmarse siquiera *“con probabilidad de verdad, [que es distinto a imposibilidad] que la conducta delictiva existió y que el imputado, es su autor o participe”*

Para terminar este breve marco teórico de la resolución del asunto, conviene tener en cuenta que agotada la fuente de la prueba, debe optarse por el camino de la preclusión o la acusación con base en que se reúnan los presupuestos de uno u otro acto procesal, dentro de los cuales no cabe, en modo alguno, optar por iniciar el juicio para ahondar en garantías a las víctimas, pues si no se reúnen sus soportes para acusar se afectarían los derechos del imputado; pero sobre todo, porque no es cierto que en la audiencia de preclusión no pueda

realizarse actividad probatoria, pues si bien el inciso 4 del artículo 333 de la ley 906 de 2004, dice literalmente que no habrá lugar a la práctica de pruebas, lo cierto es que dicha disposición está condicionada en su constitucionalidad (C- 209 de 2007) a permitir que las víctimas alleguen o soliciten elementos materiales probatorios, por lo cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado:

“Por lo demás, en relación con las víctimas el Tribunal Constitucional las habilitó para que en la audiencia de preclusión puedan allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión de la Fiscalía, de donde deriva incontrastable la necesidad de que la decisión preclusiva esté precedida de un mínimo debate probatorio, pues así, y sólo así, el juez puede adquirir un convencimiento que le permita adoptar una decisión que puede hacer tránsito a cosa juzgada.” (Auto del 1 de Julio de 2009, Rd. 31.763)

5.3.- Asumidas estas premisas, descendamos al caso concreto para encontrar que el esfuerzo investigativo de la Fiscalía puede estimarse completo, pues al margen de obrar elementos de conocimiento para dar por demostrada la materialidad del deceso de la señora Aracelly Vega Martínez, la que no se ha puesto en discusión, obtuvo la información de un testigo, que si bien estaba en el lugar y observó a la ahora occisa cuando esperaba para cruzar la calle, no percibió el momento preciso del atropellamiento, al percatarse del accidente cuando escuchó el golpe que recibió la afectada. No se localizaron otros testigos y a estas alturas es remoto que puedan aparecer.

Igualmente, se obtuvieron los registros fotográficos y de videos que se pudieron y con base en ellos se realizó dictamen de física forense con el que se estableció que la velocidad con la que transitaba el bus conducido por el indiciado era entre 20.6 y 25.2 Km/hora, además se registra que transitaba con el semáforo en verde y sin alteraciones anímicas por el licor, en tanto la prueba de alcoholemia arrojó

resultados negativos; así mismo, consta el acta de inspección y levantamiento de cadáver. Las víctimas aportaron un dictamen sobre las causas del accidente, que fue objeto de contrastación por el perito de medicina legal que señaló sus falencias, como conceptuar con base en aspectos subjetivos como criticar el testimonio del conductor y la determinación del ángulo de visión que este tenía sin precisar “el criterio, elementos o modelo que se utiliza para esa determinación. De igual manera, no se indica por qué esta se realiza en este punto específico, teniendo en cuenta que un corto tiempo después el bus se encuentra más adelante y la visibilidad del conductor cambia apreciablemente...” (Folio 146 vto.) Igualmente, se puntualiza que ofrece conclusiones jurídicas, al decir que el conductor faltó al deber objetivo de cuidado, asunto que debe ser ajeno a los dictámenes de esta naturaleza, pues solo es al juez que le corresponde extraer o no esa conclusión.

De hecho, ni el juez que denegó la preclusión señala fuentes de pruebas pendientes de auscultar, ni los apoderados de las víctimas lo hacen, tan solo procuran que este debate se traslade al juicio, cuando no resulta ortodoxo, si previamente no se han establecido los presupuestos para acusar.

Un aspecto especial lo constituye la fase en la que se encontraba el semáforo, que uno de los representantes judiciales de las víctimas sostiene, sin razón, que hay oscilación al respecto, pero ello es intrascendente, pues si bien es cierto que la secretaria de movilidad certifica que la velocidad máxima de la vía era de 30 Km/hora, también dice que los semáforos se encontraban en buen estado de funcionamiento. De ser así, como se estableció con video que el semáforo del conductor del bus estaba en verde, el semáforo peatonal estaría en rojo. Aunque esta información es controvertida por el único testigo localizable, quien dice que hace como 15 días estaba dañado el semáforo peatonal, manteniéndose en rojo; circunstancia esta última

que también observaron quienes realizaron la diligencia de inspección al lugar en el momento de levantamiento del cadáver, pues dejaron registrado que durante todo el tiempo que el semáforo peatonal permaneció en rojo. En síntesis, pase lo uno u lo otro, no hay duda que porque estuviera dañado o porque el bus transitaba en verde, estaba en rojo, por lo cual fue la víctima quien asumió el riesgo de pasar la calle en esas circunstancias.

Reconstruido estos aspectos, cabe examinar si podría desvirtuarse la presunción de inocencia o en sentido contrario, si se reúnen los requisitos materiales para acusar.

Puestos en esta labor, encuentra el Tribunal, como bien lo sostiene la recurrente, que la conducta del indiciado aparece amparada por el principio de confianza, en tanto, para transitar lo hacía con la autorización de que el semáforo de los vehículos estaba en verde como claramente consta en el video en el que se registró lo que se pudo captar de la realización del accidente, lo hacía a menor velocidad de la permitida y con el pleno uso de sus capacidades.

Consta, igualmente, que medió culpa de la víctima al transitar con el semáforo en rojo peatonal, al margen de que si estaba dañado debió buscar una solución que no implicara un riesgo, como el que efectivamente se creó y cuyos resultados se concretaron en el lamentable resultado fatal.

Inútilmente se ha traído a colación la tesis de que los peatones tienen prelación para transitar, pero ello no resulta cierto en el tránsito autorizado o denegado por semáforos¹ y no puede aseverarse con certeza que el accidente se produce cuando la víctima transitaba autorizadamente y cesó por el cambio de la señal del semáforo. En

¹ El artículo 118 de la ley 769 de 2002, señala que el verde significa vía libre.

efecto, el video es ilustrativo sobre estas circunstancias e incluso que transitaron por el lugar primero unas motos antes que el bus.

Ahora bien, lo que sostienen los apoderados de las víctimas es que el dictamen que arrimaron crea la duda de que por el grado de visibilidad del conductor en el lugar y momento del accidente pudo haber visto y detenido la marcha sin atropellar a Aracelly Vega Martínez; pero la fijación de dicha visual puede estimarse arbitraria si no hay bases para determinar que realmente la medición debía hacerse desde ese punto. En estas condiciones, lo alegado no es factor suficiente para extraer la conclusión a la que arriba el dictamen, por lo que al respecto subsistiría la duda en tanto no se tiene idea de cómo fue el comportamiento de la afectada que, eventualmente, ante el hecho de que el semáforo no cambiara (aunque se ignora si debía activarlo con el botón que para dicho efecto tiene –folio 184 vto. –) pudo entrar en desespero y decidir cruzar la calle intempestivamente, como bien lo sostiene la apelante.

La duda que generaría la pericia rendida a instancia de las víctimas, con mayor razón por las deficiencias que medicina legal les señala, de llevarse a juicio debería ser resuelta en favor del procesado, con lo cual lo dicho en nada afecta la presunción de inocencia, sino que la reafirmaría. Nótese al respecto que ni el indiciado ni los conductores que transitan cumpliendo las normas de tránsito tenían a su cargo estar pendientes de que los peatones que se encuentren en la acera no generen un riesgo al ingresar imprevistamente en la vía, de modo que no se percibe, ni vislumbra que el Sr. Saldarriaga Giraldo por dolo o culpa no hubiese detenido la marcha del automotor, de haber visto con suficiente antelación a la víctima en la acera, o incluso en la vía contigua a esta, así esta se hubiese colocado allí indebidamente.

En este escenario, resulta fundada la solicitud de la Fiscalía de que se decrete la preclusión y con base en los elementos materiales

probatorios recaudados, que agotaron razonablemente la fuente de prueba, puede aseverarse que ciertamente no se podrá desvirtuar la presunción de inocencia en el presente caso, causa suficiente para revocar la decisión apelada y en su lugar acceder a precluir la investigación.

Como obra constancia que se hizo entrega provisional del vehículo, se dispone que dicha entrega se convierta en definitiva.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E

Revocar el auto proferido por el Juez 10° Penal del Circuito de Medellín el 26 de enero pasado, por medio del cual denegó la solicitud de preclusión de la investigación seguida en contra del señor Osvaldo Alberto Saldarriaga Giraldo, y en su lugar decretarla.

La entrega provisional del vehículo de placas TMY 414 se convierte en definitiva. La secretaria de la Sala enviará las comunicaciones que sean del caso para dichos efectos.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, no procede recurso alguno pues agota el objeto de impugnación.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA