

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
DE SANTA MARTA**

Santa Marta, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: 47 001 6001018 2021 02122

I. ASUNTO:

El despacho entra a resolver la apelación propuesta por la defensa del procesado contra la decisión adoptada el día 18 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero penal Municipal con funciones de control de garantías de Santa Marta en el desarrollo de audiencias preliminares concentradas, mediante la cual se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario contra el señor ENRIQUE VIVES CABALLERO por su presunta comisión del delito de HOMICIDIO CON DOLO EVENTUAL EN CONCURSO HOMOGÉNEO SIMULTANEO.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

De conformidad con los hechos jurídicamente relevantes reseñados por la Fiscalía General De La Nación en el trascurso de las audiencias preliminares se tiene que:

El día 13 de septiembre del 2021 a primeras horas de la madrugada, en la carretera Troncal del Caribe que conduce de Barranquilla a Santa Marta, a la altura del kilómetro 86 + 800 metros, vía nacional del sector de Gaira, el señor ENRIQUE VIVES CABALLERO se desplazaba a alta velocidad en un vehículo particular marca Toyota línea Hilux de placas XML 186 Hilux, superando la velocidad permitida en el

sector de hasta 30 KmH y en estado de embriaguez correspondiente a un grado 2 de alcoholemia, colisionando contra la humanidad de 7 personas.

Como consecuencia de esta actuar quedó un saldo fatal de 6 personas muertas de manera instantánea, dentro de ellas un menor de edad; y una persona sobreviviente, esta última también menor de edad.

Atendiendo este acontecer fáctico el ente acusador formuló imputación contra el señor VIVES CABALLERO señalándole como presunto autor de la comisión del delito de HOMICIDIO contemplado en el artículo 103 del código penal colombiano en concurso homogéneo sucesivo. Lo anterior bajo la modalidad de dolo eventual.

Frente a los cargos endilgados por el representante de la Fiscalía General de la Nación el imputado no aceptó cargos.

Posteriormente, luego de múltiples obstáculos generados en el desarrollo de la diligencia preliminar concentrada, la Fiscalía General de la Nación elevó solicitud de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario contra el señor VIVES CABALLERO, la cual fue acogida por el juez *A Quo*. Esta decisión fue apelada la defensa.

III. SOBRE LA DECISIÓN DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

En el trascurso de la sustentación de la solicitud de medida de aseguramiento **la Fiscalía** a través de su delegado petitionó la imposición de una medida privativa de la libertad en centro carcelario de conformidad con lo previsto en el artículo 307, literal A, numeral 1 de la ley 906 del 2004.

Para estos efectos apoyó su argumentación en la necesidad de salvaguardar como fines constitucionales el riesgo de la comunidad atendiendo el artículo 310 en el numeral 2 de la ley procesal penal vigente ante la pluralidad de delitos cometidos con la muerte de los 6 jóvenes involucrados; así mismo, la necesidad de garantizar la comparecencia del procesado ante el eventual riesgo de fuga desarrollado en el artículo 312, evocando para este caso las consideraciones propias del numeral 3 de la norma en cita, referida a la conducta procesal del imputado durante el presente tramite; concretamente los múltiples obstáculos sufridos

para desarrollar a plenitud el trámite procesal preliminar concentrado que se dilató durante varios días por actuaciones que adjudicó al señor VIVES CABALLERO y su representación judicial.

Dicha petición fue acompañada de manera integral por la bancada de representación de víctimas y el ministerio público.

A su turno, **la defensa del señor VIVES CABALLERO** se opuso al *petitum* del ente acusador señalando que no existía inferencia razonable del delito de homicidio con dolo eventual achacado a su defendido. Sustentado en diferentes declaraciones documentadas a través de informes de investigador y entrevistas, la defensa esbozó como argumento central de su tesis defensiva que fueron las víctimas quienes propiciaron con su conducta el fatal incidente al cruzar imprudentemente la vía en momentos que transitaba el señor VIVES CABALLERO con su vehículo automotor.

Todo lo anterior aunado a diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en el desarrollo del fatal hecho, así como reflexiones de orden dogmático que sirvieron de base para construir sus consideraciones frente a la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado a su apadrinado ante la auto puesta en peligro de las citadas víctimas.

Finalmente, luego de escuchar la exposición de las partes, **el Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías** decidió acoger en su integridad los planteamientos desarrollados por la Fiscalía General de la Nación, imponiendo medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario contra el señor ENRIQUE VIVES CABALLERO.

Lo anterior por cuanto a su parecer se satisfacían a cabalidad los presupuestos de orden legal y constitucional que preceden al decreto de la privación de la libertad del procesado en centro carcelario por medio de detención preventiva.

En síntesis, la funcionaria judicial a través de los elementos de conocimiento colocados a su disposición, consistente en los formatos de Policía Judicial sobre noticia criminal, informe de captura en flagrancia, croquis del lugar de los hechos, registro fotográfico a los cuerpos de las víctimas, actas de inspección a cadáveres, los informes de necropsia entregado por parte del instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses, así como el informe ejecutivo de investigador que reseña los actos urgentes desarrollados,

dentro de estos las respectivas pruebas de alcoholimetría practicada al imputado; logró apreciar con suficiencia probatoria la construcción de la inferencia razonable sobre la materialidad de la conducta y la autoría del señor VIVES CABALLERO en el delito imputado de homicidio doloso eventual en concurso homogéneo.

De manera puntual, la juez de instancia destacó como hechos que se extraen de los citados elementos que el señor VIVES CABALLERO se encontraba conduciendo el vehículo particular marca Toyota línea Hilux de placas XML 186 Hilux en el momento del incidente; que fue a través de este medio que se produjo la muerte de las víctimas producto de la colisión contra la humanidad de las mismas; que el conductor del automotor se desplazaba a una gran velocidad en un lugar donde el límite máximo permitido es de 30Kmh dado a que con la incursión violenta del vehículo automotor este recibió daños en su parte frontal y a su turno los cuerpos de las víctimas salieron despedidas a varios metros del lugar encontrando como hallazgos diferentes traumas, laceraciones y contusiones en diferentes partes del cuerpo de los occisos hasta el punto que algunos de estos sufrieron desmembramiento producto de la fuerza del impacto; que momentos antes el imputado había ingerido licor y se encontraba con un grado 2 de alicoramiento luego de practicar la respectiva prueba por parte de personal de tránsito.

De igual forma, el funcionario judicial descartó la teoría alternativa propuesta por la defensa consistente en la auto puesto en peligro de las víctimas al confrontar los diferentes indicios que se extraen de la reconstrucción de los hechos a partir de los hallazgos en la escena del fatídico evento y manifestar que no otorgaba mérito al contenido de las declaraciones allegadas por la representación judicial del imputado quienes manifestaron aspectos relativos a la poca visibilidad de la zona del incidente dada a la ausencia de luminosidad del lugar, pues en su parecer esto no se compadece con lo acreditado a través del registro fotográfico de la fiscalía donde se aprecia una visibilidad que no es óptima pero sí era suficiente en su sentir, además de que el sentido común indicaba que los vehículos automotores cuentan con lámparas delanteras al momento de desplazarse.

Consecuentemente con lo anterior, el juzgador de instancia acompañó los planteamientos del ente acusador sobre la necesidad de salvaguardar los fines constitucionales de peligro a la comunidad así como el riesgo de no comparecencia al valorar de manera conjunta la gravedad de un hecho que conmocionó a la comunidad nacional, reprochando puntualmente la existencia de comparendos por exceso de velocidad que se asociaban al vehículo automotor propiedad del imputado, y que mostraban su

proclividad a desatender las normas de tránsito muy a pesar de su formación y madurez; así mismo el carácter temerario del señor VIVES CABALLERO al conducir con exceso de velocidad en una zona donde el límite máximo es de 30KmH, además de realizarlo bajo el efecto de sustancias alcohólicas. Todo lo anterior aunado a los diferentes tropiezos sufridos para el desarrollo de las diligencias judiciales y que fueron propiciados por el procesado a través de su conducta procesal.

Por estas razones impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario contra el señor VIVES CABALLERO.

IV. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Ante la decisión del juez de instancia **la defensa del procesado interpuso recurso de apelación contra la decisión del A Quo**, con miras a lograr la libertad de su prohijado como pretensión principal y en subsidio se modifique la detención de su prohijado en lugar de domicilio. Para estos efectos el argumento de la defensa centró su atención en las siguientes censuras:

Primeramente, la defensa del procesado atacó la decisión del A Quo de ser violatoria de las garantías fundamentales del derecho de defensa ante la configuración de una motivación incompleta por parte del funcionario judicial. En su sentir, el juez de instancia en su decisión se sustrajo de su deber de valorar los elementos de conocimiento aportados por su parte.

Concretamente la defensa señaló la existencia de 4 entrevistas y el informe de sus investigadores que fueron trasladadas y de donde se extraía que su representado no conducía con exceso de velocidad, además de que actuó con la intención de maniobrar el vehículo y evitar el riesgo sobrevenido dentro de la causa. Que así mismo, tampoco valoró lo correspondiente a las certificaciones de un comparendo no promovido en contra de su prohijado.

En conclusión, al no valorar de manera conjunta los elementos de conocimiento allegados por la defensa se realizaron juicios de valor que no corresponden con la realidad al momento de estructurar la existencia de inferencia razonable y la acreditación de los fines

constitucionales, ocasionando un perjuicio trascendente a la garantía del procesado a un debido proceso pues de haberse valorado los correspondientes EMP contaría con razones para no imponer una medida de aseguramiento en contra del imputado. **Por estas razones encontró necesario se decrete la nulidad de la providencia y dejando como única consecuencia la libertad de su prohijado.**

En segundo lugar, empleando el lenguaje propio de la técnica casacional, el apelante propone bajo el rotulo de violación indirecta de la ley lo que a su parecer pueden ser calificados como errores de hecho y de derecho en la argumentación de la providencia motivo de censura.

Puntualmente el apelante se refiere por un lado a la imposibilidad material de tener por acreditados dentro del trámite preliminar los hechos jurídicamente relevantes relacionados con el grado 2 de alcoholemia por el consumo de alcohol de su prohijado, así como el exceso de velocidad atribuido en la actividad de conducción del vehículo objeto del incidente fatídico.

Siguiendo la lógica conceptual de su exposición, afirmó el apelante que el funcionario judicial de manera arbitraria supuso la existencia de elementos de conocimiento que permitieran acreditar lo que en su sentir fueron meras afirmaciones sin sustento probatorio, pues en el caso no existen ni estudios planimétricos o de algún estirpe técnico que permitiera llegar a la conclusión de que su prohijado conducía a exceso de velocidad. En ese orden de ideas, consideró que la inferencia razonable de autoría no cuenta con soporte probatorio alguno.

Aunado a lo anterior, consideró el apelante que tampoco existen elementos que permita demostrar la ingesta de alcohol por parte de su representado, pues a su entender el único elemento que soporta esta afirmación son las 4 copias de las tirillas relativas a la prueba de alcoholemia. Sobre este particular afirmó el apelante que las forma en que fueron recogidas y aducidas al proceso no permiten satisfacer los requisitos relativos a su legalidad y mismidad pues desconocen lo preceptuado en el Código Nacional de Tránsito, ley 769 del 2002, y la resolución 1881 del 2018 expedida por el instituto de medicina legal y ciencias forenses, cuando aluden a 2 requisitos puntuales de la prueba como son el acompañamiento del carnet que identifica al funcionario que realizó la obtención de la muestra y el certificado que acredita que el equipo empleado para el estudio se encuentra calibrado.

En tercer lugar, el apelante reprochó la manera como se estructuró la inferencia razonable del cargo imputado bajo la modalidad de dolo eventual pues en su parecer los hechos indicadores que sirven de sustento para argumentar su configuración, tales como el exceso y velocidad y el consumo del alcohol, fueron premisas no acreditadas.

En conclusión, a juicio de la defensa el ejercicio argumentativo adoptado por el juez de instancia para dar por acreditado la inferencia razonable del cargo imputado bajo la modalidad de dolo eventual carece de la base probatoria suficiente para tal fin, además de ser huérfana de las consideraciones jurídicas idóneas que permitan aplicar en su integridad la teoría del dolo eventual en el caso concreto.

Seguidamente, en complemento a los argumentos desarrollados en este tópico, afirma el apelante que para el caso concreto debieron atenderse las consideraciones sobre la auto puesto o hetero puesta en peligro de las víctimas dado a que de los elementos de conocimiento obrantes en el proceso y dejados de valorar en conjunto se extrae como hechos probados que la conducta de los transeúntes de cruzar la vía en las condiciones de tiempo, modo y lugar allí acreditadas fueron las que llevaron al desenlace final y no la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en cabeza de su prohijado

Finalmente, señaló el apelante en **cuarto lugar** frente a la sustentación de los fines constitucionales que los mismos no se acreditan en el caso concreto. En ese orden destacó que en lo que atañe al peligro a la comunidad, no es suficiente con la afirmación de que sobre el señor VIVES CABALLERO existe algún comparendo de tránsito por cuanto lo anterior desconoce la realidad de lo realmente acreditado, tampoco constituye criterio idóneo para calificar la naturaleza del comportamiento de su prohijado al ser un asunto de índole administrativo y no un antecedente penal, sin perjuicio de afirmar que estamos ante un derecho penal de acto y no de autor, y el señor imputado es una persona altruista, sociable, colaborador, emprendedor, que ama a su familia y que nunca salió a conducir con la intención de acabar con la vida de alguien. Seguidamente informa que el grado 2 de alcohol no es el grado máximo en el prueba de alcoholimetría.

De igual forma, en lo relativo al riesgo de no comparecencia, señaló el apelante que la conducta procesal de su prohijado no puede ser base para hacerle acreedor a un reproche negativo que permita acreditar su no sometimiento a los llamados de la justicia, por cuanto ha actuado con total apego a sus deberes y obligaciones al atender la diligencia judicial. Que

los diferentes impases que hacen pasar por dilaciones de la defensa corresponden a manifestaciones legítimas del ejercicio del derecho a la defensa así como al comportamiento razonable de una persona que enfrente por primer vez un hecho tan traumático como el ocurrido y que necesita asistencia médica para garantizar su bienestar físico y emocional.

Por todas estas razones solicitó revocar en su integridad la providencia motivo de censura y ordenar la libertad inmediata. O en su defecto, subsidiario a ello, la detención en lugar de residencia, por cuanto no existe prohibición legal de acuerdo a la codificación de infancia y adolescencia, toda vez que lo prohibido allí es la sustitución de la medida, y aquí se solicita una medida autónoma por tanto es absolutamente aplicable la detención en lugar de residencia.

Por su parte, como no recurrente la representante de la **Fiscalía General de la Nación** señaló frente a los argumentos de la defensa que la dinámica probatoria del proceso penal es progresiva. De esta claridad se desprende que al iniciar una investigación esta transite por el campo de las probabilidades hasta arribar a un conocimiento más allá de toda duda razonable cuando se finaliza el proceso.

Atendiendo la anterior observación la no recurrente se refiere a las censuras planteadas por la defensa frente a la no construcción de la inferencia razonable de autoría indicando que la juez de instancia elaboró la misma a través de los EMP disponibles para esa etapa procesal como lo fueron el informe de captura, el informe ejecutivo que contenía todos los actos de investigación realizados, las inspecciones al lugar de los hechos, las actas de necropsia, el croquis, las pruebas de alcoholemia entre otras.

Inmediatamente recalca la posición del ente acusador frente a la delimitación dogmática del comportamiento imputado al señor VIVES CABALLERO al indicar que el mismo elevó el riesgo al encontrarse en esas condiciones, pues no solamente se movilizaba a exceso de velocidad sino embriagado y en el sitio del accidente la velocidad máxima permitida era de 30 Km/H.

En lo relativo a la crítica sobre la ausencia de EMP para acreditar lo atinente al exceso de velocidad señaló la no recurrente que el mismo se deducía de las circunstancias documentadas de como quedaron los cuerpos en la escena de los hechos. Puntualmente que dos de ellos fueron desmembrados, uno de esos cuerpos quedó a más de 100 metros del lugar donde se produjo el impacto, otra persona quedó en el planchón de la camioneta, y

que el vehículo automotor se detiene a más de 100 mts cuando ya había causado los hechos que conocemos.

Seguidamente, la no recurrente descalificó la censura relacionada con la no valoración de los EMP presentados por la defensa. Para ello refirió que la juzgadora de la causa hizo expresa alusión a los mismos al momento de afirmar que no otorgaba credibilidad a la teoría de los hechos propuesta por el defensor consistente en que las víctimas se abalanzaron sobre el vehículo, y causaron ellos mismos su muerte.

Cuestionó la no recurrente que de observarse las normas de tránsito este fatal hecho no se hubiese materializado, restándole con esto valor a las censuras planteadas por la defensa frente al factor de luminosidad de la escena así como la presencia de un puente peatonal cercano, además de que las víctimas venían caminando pegados a la baranda.

Recalcó la no recurrente que en el caso de la referencia existía una alta probabilidad de producción del resultado con la actividad desplegada por VIVES CABALLERO, y que a pesar de eso dejó librado al azar su no producción ya que no hizo nada para evitar el resultado.

De lo anterior concluyó que para el caso del señor VIVES CABALLERO se dan los presupuestos de la modalidad de dolo eventual reconocidos por la Sala Penal De La Corte Suprema De Justicia a lo largo de su jurisprudencia, pues como elementos relevantes condujo en estado de embriaguez, a exceso de velocidad, no maniobró el vehículo por sus condiciones físicas, no se encontró una huella de frenada porque el vehículo continuó su marcha hasta más de 100 mts cuando se detuvo. Razones por las cuales sostiene que debe tratarse como un delito doloso eventual y no uno imprudente.

Finalmente se refirió a los presupuestos de la imposición de la detención preventiva recalcando las argumentaciones empleadas por la fiscalía general de la nación y el juzgado al momento de su solicitud y decisión respectivamente, indicando que se cumplieron a cabalidad con lo establecido en los artículos 306, 307, 310, y 312 del CPP. Así mismo, reiteró que en el caso aplicaba la prohibición del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, en el entendido de que la única medida de aseguramiento a imponer era la detención preventiva en establecimiento carcelario cuando hubiera víctimas menores de edad y en este caso hubo 3 menores de edad víctimas por el delito de homicidio.

Aunado a lo anterior destacó que de cara a la gravedad y naturaleza de los hechos estudiados la medida restrictiva impuesta era la única procedente, pues no se podía pasar por alto que fueron 6 las víctimas mortales, 1 murió aplastada, 2 desmembradas, otras fueron a parar a más de 100 metros de donde se produjo el hecho, además del exceso de velocidad y el uso de bebidas embriagantes.

Por todas estas razones solicitó confirmar lo decidido.

De igual forma, la **Procuraduría General De La Nación** como no recurrente participó oponiéndose a las censuras planteadas por la defensa destacando que la labor desarrollada por el juzgado fue garante de sus derechos dentro del proceso.

Dentro de la dinámica de argumentación esbozada por la no recurrente se plantearon como problemas jurídicos a resolver si ¿Se debe sancionar al estado porque al parecer el Estado no se ciñó a las prescripciones que regulan el procedimiento para proferir autos como estos en los que se resuelve imponer medida de aseguramiento?, cuestionamiento frente al cual afirmó que no se debe decretar la nulidad por ser infundados los planteamientos de la defensa dado a que el juez de instancia garantizó la participación activa de todos los sujetos procesales e intervinientes al tiempo que dio respuesta a cada uno de sus planteamientos.

Posteriormente, planteó como segundo problema jurídico lo relacionado a la acreditación de la inferencia razonable de homicidio en concurso a título de dolo eventual así como el de los fines de la detención preventiva.

Sobre este asunto reitera la no recurrente que tampoco debe prosperar la censura dado a que el auto con suficiente razonamiento habla de los puntos que el defensor ataca en el siguiente orden:

Primero, destacó que la inferencia razonable se desprendió de los elementos descriptivos documentados sobre la escena de los hechos relativo al estado y distribución de los cuerpos luego del incidente vial.

Segundo, señaló que se construyó el dolo eventual a partir datos concretos como que el señor se encontraba embriagado y que tenía miles de posibilidades de realizar una conducta diferente, es decir, él se representó, decidió no quedarse a dormir en el lugar donde estaba ingiriendo bebidas, decidió no utilizar la póliza que le ofrecía un conductor

elegido para que manejara, decidió no llamar a otra persona, a un taxi, en el momento que la persona manifiesta de que está tomando.

Tercero, colocó de relieve las normas de tránsito aludidas por el apelante, indicando que la obligación de no colocarse en riesgo es exigible tanto a peatones como a conductores, así mismo destacó la prioridad en esos casos de realizar la prueba de alcoholimetría inmediatamente y en consecuencia advirtió que la embriaguez fue determinante en la ocurrencia del delito, siendo esta una circunstancia ampliamente probada sobre la cual la juez discurrió.

Sobre lo anterior hace énfasis en la existencia de las anotaciones dentro de las historias clínicas del señor VIVES CABALLERO donde se consigna un *“disentimiento informado: 14/09/2021 9:22 prueba de alcoholemia por orden de abogado”* y *disentimiento informado en el que dice “remisión para la clínica reencontrarse”*. Sobre lo anterior afirmó la no recurrente que el imputado tenía total conciencia, y que no daba su autorización para la prueba de alcoholemia.

De estos datos concluyó sobre la alcoholemia que el imputado no puede decir que el instrumento inicial no estaba calibrado y tenía otras fallas, dado que el propio capturado se negó a realizarse esa prueba de alcoholemia.

Finalmente, la no recurrente se refirió sobre la teoría esbozada por la defensa acerca de la auto puesta en peligro de las víctimas señalando que las mismas se encontraban amparadas por el principio de confianza, indicando que incluso en el supuesto hipotético de que las personas hubiesen actuado imprudentemente en el proceso penal no existe la compensación de culpas y este hecho no excluye la responsabilidad del imputado dado a que el comportamiento de quienes hoy se reputan víctimas se encontraba protegida por el Estado.

Así mismo, reprochó la conducta procesal del imputado y la burla que representó a la justicia al dificultar su procesamiento por lo que solicitó negar la petición subsidiaria de la defensa sobre sustitución a detención domiciliaria y le propuso al concedor de la apelación que estudie la posibilidad de compulsar copias al defensor de la causa ante la existencia de temeridad y mala fe.

Por lo tanto, solicitó se confirme en su totalidad el auto.

Finalmente, los **apoderados de víctimas participaron** como no recurrentes, y frente al traslado de los argumentos de la defensa coincidieron en solicitar que se confirmara en su integridad lo decidido.

Como razones de fondo que sustentaron su posición plantearon:

Que el garantismo del proceso penal no puede ser ajeno a los EMP y la información obtenida, tal como ha sucedido con el discurso de la defensa el cual estuvo dirigido al país y no a la judicatura.

Que el comportamiento desplegado por el imputado se dio con absoluto desprecio de la normatividad, dejando al azar un resultado a todas luces previsible, hecho que se configura en la modalidad de dolo eventual que aquí ha sido imputado porque la actividad de conducir es una actividad que se cataloga como peligrosa.

Que no es posible hablar de una auto puesta en peligro por parte de las víctimas dado a que iban por la berma izquierda. Además de que no se controvierten los elementos del dolo eventual pues se limita a traer precedentes jurisprudenciales y no indica cuales son los hechos concretos de su alegación o censura

Que la prueba de alcoholemia presentada cumple con los estándares internacionales y nacionales, y que las censuras propuestas por la defensa se deben discutir en el juicio y no en esta etapa procesal.

Que es falsa la prohibición sobre transitar por la vía pública como lo realizaron las víctimas. Que el principio constitucional prevé que el particular realiza todas las conductas que no estén expresamente prohibidas. Aquí no solamente no hay prohibición para el peatón, sino que hay una prevención para el conductor. Una señal de 30 kilómetros por hora, de que hay cruce de peatones, que estaba oscuro el sector.

Que en la providencia se expuso de manera razonada los hechos objeto de investigación, se hizo el análisis de los EMP puestos a su disposición tanto como por la Fiscalía General De La Nación como los que arrimara la defensa. Así como las consideraciones y fundamentos jurídicos, así como la línea jurisprudencial que se exige para

la toma de una decisión tan trascendental como la privación de la libertad de una persona en centro carcelario.

Que en lo relativo al exceso de velocidad del imputado este se acredita a través del uso de las reglas de la experiencia y del sentido común. Teniendo en cuenta las condiciones en qué quedaron los cadáveres de las personas que resultaron víctimas de esos hechos, 6 personas perdieron la vida de manera instantánea en el lugar de los hechos, algunas de ellas desmembradas, dos de las seis fueron desmembradas en sus extremidades inferiores. Una de las víctimas del impacto al parecer voló por los aires y cayó en el platón de la camioneta donde se desplazaba el hoy imputado.

Que en lo relativo a los fines constituciones, se dan los presupuestos constitucionales de peligro para la comunidad y las víctimas, pues de acuerdo con el numero 2 del artículo 310 del CPP, existe un numero plural de delitos además de la consideración de la naturaleza de cada uno de estos delitos por su gravedad.

Que el centro del debate no es la conducta de las víctimas, sino la del señor VIVES CABALLERO al ser irresponsable de mezclar las llaves con el alcohol dio como resultado una situación atroz.

V. CONSIDERACIONES:

Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1º del artículo 36, 176 inciso final y 178 de la Ley 906 de 2004, resuelve el despacho el asunto planteado por la defensa del procesado dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación, una vez escuchados sus argumentos expuestos en la audiencia preliminar para la sustentación del recurso de apelación ante la decisión de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario contra el procesado ENRIQUE VIVES CABALLERO

Encuentra el despacho de los argumentos expuestos por el recurrente contra la decisión adoptada en audiencia por el Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías de esta ciudad, que los siguientes son los problemas jurídicos a resolver: **1.** ¿Existe merito para declarar la nulidad por violación a garantías de la defensa del procesado ante la motivación incompleta en la providencia objeto de alzada? **2.** En el caso bajo estudio ¿Existe inferencia razonable sobre la materialidad de la conducta y la autoría del señor VIVES CABALLERO por el punible de homicidio con dolo eventual en concurso

homogéneo simultáneo? Como subproblemas jurídicos del anterior se desprenden los siguientes: **2.1** ¿En el proceso obran suficientes elementos de conocimiento para acreditar los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación? **2.2** ¿los hechos jurídicamente relevantes acreditados en el proceso son típicos del punible de homicidio con dolo eventual?; seguidamente como problemas jurídicos si **3**. De cara a la inferencia razonable de autoría acreditable en el proceso ¿Existe mérito para imponer una medida de aseguramiento? En caso de ser positivo **4**. ¿Cuál es la medida procedente que debe pesar sobre el imputado?

Desde ya advierte el despacho que lo procedente en este caso es que el señor ENRIQUE VIVES CABALLERO permanezca bajo una medida de aseguramiento como medida cautelar procesal con el propósito de cumplir los fines constitucionales considerados en la decisión recurrida. Lo anterior atendiendo esencialmente a razones de fondo que atañen tanto a garantías fundamentales del procesado con respeto al debido proceso con miras a un proceso justo, como a las garantías de las víctimas a conseguir una pronta justicia en atención a los estándares de verdad, justicia, reparación y no repetición.

En ese orden, identificados los diferentes problemas jurídicos debemos entrar a considerar lo siguiente:

SOBRE LA PETICIÓN DE NULIDAD DE LA DEFENSA POR MOTIVACIÓN DEFECTUOSA O INCOMPLETA

De manera concreta, señala el censor que se decrete la nulidad del auto por medio del cual se impuso detención preventiva en centro carcelario contra su prohijado alegando la violación de garantías fundamentales al tildar como defectuosa la motivación del funcionario judicial de primer grado. Como prueba de esta censura el apelante se ciñe a manifestar que existen elementos de conocimiento aportados por la defensa que no fueron valorados, y que de haber sido estudiados otra hubiese sido la suerte de su representado.

Sobre este punto es necesario iniciar indicando que en materia de nulidades, si bien la ley 906 del 2004 a diferencia del anterior régimen procesal no contempla una regulación legal amplia sobre la materia, es claro que esto no constituye excusa para dejar de lado la exigencia de una argumentación explícita que atienda a cabalidad los principios que rigen la nulidad de los aptos procesales.

Sobre el particular, en amplia y pacífica línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha establecido como criterio la imperativa aplicación de los principios que gobiernan las nulidades al hacer parte de los principios generales del debido proceso.

Consecuentemente, la corte en providencia **AP rad. 26.359 del 6 de junio del 2007** destacó que los citados principios no han desaparecido de la ley 906 del 2004 porque el debido proceso es uno de los derechos fundamentales de toda persona, y los principios de legalidad del trámite, el derecho de defensa y la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación al debido proceso son garantías fundamentales.

En conclusión, para el análisis de esta primera censura propuesta por la defensa es preciso confrontar sus argumentos a la luz de los principios de Taxatividad, protección, trascendencia, convalidación, conservación, residualidad, instrumentalización. Todo lo anterior bajo el entendimiento que las nulidades son remedios extremos aplicados cuando no existe otra forma de resolver el quebranto de garantías sufrido por la parte que lo alega.

Para el caso concreto encuentra el despacho que no le asiste razón al apelante en su postulación de la citada nulidad. Lo anterior es así por cuanto emerge con claridad meridiana que la crítica relativa a la ausencia de valoración integral de los elementos de conocimientos allegados por la defensa es infundada. Contrario a ello, observa el despacho en la reconstrucción de la argumentación esbozada por el Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías sí hace expresa alusión a la tesis o teoría del caso alternativa propuesta por la defensa para atacar la construcción indiciaria de la inferencia razonable de la medida de aseguramiento.

En esa precisa oportunidad la funcionaria judicial de manera diáfana señaló que no le otorgó valor a las declaraciones presentadas por la defensa para señalar que las víctimas fueron quienes imprudentemente se abalanzaron sobre el vehículo de su prohijado al tiempo que describen las condiciones de visibilidad del lugar; el argumento que usa para restarle crédito a las citadas pruebas de la defensa es la confrontación de sus dichos con el registro fotográfico aportado por la fiscalía donde se aprecian las condiciones de luminosidad del lugar, que si bien no son óptimas si son suficientes en su criterio. Además de esto, señala como regla de la experiencia que los vehículos automotores al transitar en la noche lo hacen

con las lámparas frontales encendidas, descartando así la teoría de la no visibilidad oportuna del automotor o las víctimas en la vía.

Por esta sencilla razón no es procedente la citada nulidad. Pero incluso, a gracia de discusión, si el asunto versara sobre una valoración fragmentada y no integral de la totalidad de los elementos allegados por la defensa, era carga del mismo defensor señalar de manera pormenorizada cuales fueron esos otros elementos no valorados, indicar de manera concreta cuál es el alcance de su aporte o contenido de información que no ingresó al proceso y **DEMOSTRAR** cómo hubiese incidido en la decisión final censurada esta pieza de prueba, por cuanto el principio de trascendencia demanda la demostración del carácter real e irreparable de la irregularidad detectada, cuestión que no se aprecia en la argumentación de la defensa, quien se limita a realizar afirmaciones genéricas sobre la existencia de ciertos elementos que considera no valorados y deja al arbitrio del juzgador el trabajo argumentativo que le corresponde al defensor como actividad intelectual.

En definitiva, esta primera censura no prospera.

SOBRE LA INFERENCIA RAZONABLE DEL DELITO DE HOMICIDIO EN MODALIDAD DE DOLO EVENTUAL

I-ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Seguidamente, adoptando la metodología de análisis propuesta por el censor en su recurso se aprecia que el apelante plantea su diferencia con la decisión del funcionario judicial de primera instancia al atacar el trabajo argumentativo por medio del cual entendieron acreditados cada uno de los hechos jurídicamente relevantes que conforman la inferencia razonable.

Para lograr este fin hay que recordar que su crítica se proyectó en dos aristas. El primero acusar la decisión de erigirse sobre hechos que dio por acreditados sin que mediara pruebas que le sustenten, es decir, suponiendo la existencia de evidencia concreta para afirmar que **A-El procesado transitaba con exceso de velocidad**; así mismo, que no era posible la valoración de la prueba de alcoholimetría por desatención de requisitos legales que trastocaban su legalidad y mismidad en su aducción. En consecuencia, al excluir la misma no existiría evidencia concreta para afirmar que **B- El procesado condujo bajo los efectos del alcohol cuantificado por el grado 2 de alcoholemia.**

Sobre estos particulares aspectos nuevamente debemos alejarnos de la posición planteada por la defensa pues es claro que el apelante desconoce flagrantemente que en materia judicial penal los indicios son medios de prueba admisibles en la dinámica procesal acusatoria, y que en concordancia al principio de libertad probatoria, los aspectos antes citados fueron ampliamente acreditados por este medio racional de conocimiento.

En este punto, guardando claridad, los elementos estructurales de todo indicio en concreto son: I- un hecho conocido o indicante que debe ser plenamente probado; II- un hecho desconocido o indicado el cual vendrá a constituirse en la fuente probatoria que se persigue con la construcción del circuito epistémico dentro del escenario judicial, III- un nexo lógico o relación causal q conecta al hecho indicante con el indicado; IV-Una máxima de la experiencia que fundamenta la relación del circuito indiciario para dotarlo de valor y alcance en la aproximación a la fiabilidad de su conclusión; debemos destacar que en el decisión de primer grado se aprecia la siguiente construcción indiciaria:

En torno a la alta velocidad en la que transitaba el procesado en su vehículo, el juez de instancia destacó como hechos probados con los elementos de conocimiento allegados que:

-El señor VIVES CABALLERO era el conductor del vehículo particular marca Toyota línea Hilux de placas XML 186 Hilux en el momento del incidente;

-Que la muerte de las múltiples víctimas se produjo con ocasión al impacto sufrido en su humanidad contra el citado vehículo.

-Que producto del impacto, el vehículo automotor recibió daños en su parte frontal.

-Que los cuerpos de las víctimas salieron despedidas a varios metros del lugar.

-Que en los cuerpos de las víctimas eran visibles múltiples traumas en diferentes zonas e incluso desmembramiento de algunas partes

Sobre la base de los anteriores hechos indiciantes el Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías logró establecer los diferentes razonamientos indiciarios para llegar a la conclusión de que el señor VIVES CABALLERO venía desplazándose a alta velocidad, dado a que cuando un cuerpo humano recibe un daño tan ostensible sobre su corporeidad en medio de un accidente de tránsito es porque probablemente el vehículo que le impactó avanzó con una gran velocidad.

Ahora bien, por supuesto que la anterior conclusión puede ser objeto de debate en el marco de muchas consideraciones que podrían ser allegadas al proceso a través de contra indicios contruidos con la labor de un peritaje especializado, sin embargo, para la instancia procesal en la que nos encontramos era suficiente el ejercicio antes descrito pues el compromiso cognoscitivo que pesa sobre la fiscalía, sin dejar de lado una juiciosa investigación, es el de inferencia razonable, no el de probabilidad de verdad o una certeza racional refiriéndose a un conocimiento más allá de toda duda razonable.

Seguidamente, en torno al hecho jurídicamente relevante sobre que el **procesado condujo bajo los efectos del alcohol cuantificado por el grado 2 de alcoholemia**, debemos manifestar que tampoco le asiste razón a la defensa frente a las censuras planteadas en el marco de lo que él denomina defectos frente a la legalidad y mismidad del medio de prueba. Para este despacho es claro que los ataques planteados por la defensa deben ser entendidos como un asunto de fiabilidad o poder suasorio del medio de prueba y no un asunto de legalidad.

Concretamente, en lo que respecta al acompañamiento del carnet o identificación del funcionario que adelantó la toma de la muestra, a criterio del despacho este no es un asunto esencial de la naturaleza de la prueba que invalide el alcance de su resultado, máxime cuando en Colombia los asuntos relativos a la autenticidad de un medio de prueba encuentran regulación en el inciso segundo del artículo 277 de la ley 906 del 2004, donde señalan que *“La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”*, es decir, muy en contra del entendimiento del apelante, al ser la cadena de custodia un método de autenticación, las irregularidades que se relacionen con estas no generan como consecuencia la ilegalidad de la prueba (**CSJ SP 12229-2016 . Rad 43.916 del 31 de agosto de 2016**); son simplemente asuntos que atañen a su valoración (**CSJ rad. 30.598 del 19 de febrero de 2009**).

Similar situación con lo relativo a la calibración o no del equipo empleado para la prueba de alcoholimetría. Esta es una cuestión que debe ser criticado en torno a su valor o calidad de información, no su legalidad.

Por lo tanto, debemos señalar inicialmente que sí existen suficientes elementos para acreditar los hechos jurídicamente relevantes objeto de imputación

II- SOBRE EL DOLO EVENTUAL COMO MODALIDAD DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE CARA A LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES ACREDITADOS.

Una vez superado de manera positiva el anterior interrogante sobre la suficiencia de acreditación de los hechos jurídicamente relevantes postulados por la Fiscalía General de la Nación como sustento de su petición de medida de aseguramiento a partir del estándar probatorio de inferencia razonable fijado para esta especial decisión, debemos centrar nuestra atención en lo concerniente al siguiente sub problema jurídico relativo a la tipicidad de los mismos; concretamente a corroborar si el título de imputación subjetiva acogido por el Juez de Control de Garantías en su análisis de la imposición de detención preventiva es el adecuada de cara a los presupuestos legales y jurisprudenciales colombianos vigentes, o incluso si existe atipicidad de la conducta por ausencia de imputación objetiva del resultado ante la figura de la auto puesta en peligro de las víctimas.

Lo anterior atendiendo los tópicos propuestos por el apelante en su recurso y los inescindiblemente vinculados a su argumentación como horizonte dialectico y prerrogativa desarrollada por el principio de limitación; así mismo, como obligación dimanante del rol de juez de control de garantías en segunda instancia para velar por el estricto respeto de las garantías *iusfundamentales* asociadas al debido proceso de las partes e intervinientes, dentro de las cuales se destaca de manera especial el imperativo de tomar los correctivos necesarios para dar alcance y vigencia a las exigencias propias principio de legalidad en torno al delito efectivamente acreditado que sirvió de presupuesto para el análisis constitucional de la imposición de detención preventiva.

En ese orden de ideas, es claro que el asunto materia de análisis es un tema que en la actualidad suscita especial interés en el marco de las reflexiones vigentes sobre teoría del delito precisamente por el nivel de complejidad y la falta de acuerdo que puede existir en la confrontación de las diferentes teorías que se han construido para delimitar el alcance del dolo eventual y la culpa con representación.

Sin embargo, esta no será la oportunidad para discurrir en extensas disertaciones sobre aquel debate académico con profundas repercusiones prácticas en la cotidianidad judicial de cara a la eventual punibilidad que sirve de referencia en cada una de las etapas

de judicialización. En lugar de ello, procuraremos realizar una sucinta conceptualización sobre los elementos doctrinarios pertinentes para abordar con claridad el análisis de la controversia jurídica planteada. Acto seguido consultaremos el criterio desarrollado por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia para resolver casos con una similar base fáctica. Finalmente, con estricto apego de los criterios reseñados en los apartes anteriores analizaremos los contornos jurídicos que rodearon la conducta del señor VIVES CABALLERO tomando como límite y referencia los hechos jurídicamente relevantes acreditados hasta el momento.

En ese orden de ideas tendremos que observar lo siguiente:

a-Discusión actual sobre la configuración del Dolo eventual.

A manera de introducción se debe indicar que el debate sobre la delimitación del dolo eventual centra su atención en dos escenarios comunes: aquellos que dan énfasis primordialmente al contenido cognoscitivo, sosteniendo incluso que la voluntad no es parte del dolo, denominadas genéricamente como doctrinas de la concepción cognitiva y dentro de las cuales se desarrollan las teorías de la representación o posibilidad así como la teoría de la probabilidad.

Por otro lado, las que reconocen la existencia del aspecto cognoscitivo pero condicionadas por la intención o voluntad del agente en torno a un plan criminal, denominadas doctrinas de la concepción volitiva y dentro de las cuales se desarrollan las teorías del consentimiento, la teoría del consentimiento débil, y la teoría de la indiferencia.

Sin embargo, también resulta clave destacar que la evolución sobre la discusión que busca delimitar el alcance del dolo eventual se encuentra condicionada por el desarrollo de la teoría del delito y las diferentes bases filosóficas que fundamentan cada uno de sus esquemas o escuelas de pensamiento penal.

Concretamente, el debate se alimenta a partir de las reflexiones que giran en torno a la transición entre conceptos ontologistas propias del finalismo welzeliano y el normativismo propio de los esquemas funcionalistas, sea en su versión moderada o teleológico-valorativa con Roxin o su versión radical con Jackobs.

Para el caso particular de estudio es relevante el entendimiento de este contexto en la medida que la irrupción de las anteriores perspectivas fundamentadoras es palpable en la delimitación del concepto de dolo, pues en el marco de una tradición ontológica el dolo es conceptualizado como la amalgama de un proceso psicológico compuesto por la esfera de lo cognoscitivo y lo volitivo; mientras que en el marco de una tradición normativa el dolo se perfila desde la óptica valorativa que el legislador le otorga a la realidad en razón a los fines de la pena en particular y del derecho penal en general, además de criterios de necesidad político criminal.

Dicho lo anterior es claro que la tendencia que gobierna la discusión en la actualidad se inclina cada vez más al marco de la normativización del dolo; campo de trabajo donde destacan novedosas elaboraciones doctrinales tales como la doctrina del peligro del dolo con autores como Ingeborg PUPPE y Hans JOACHIN RUDOLPHI, quienes hacen acento en aspectos cognoscitivos de la conducta entendida no en términos de la postura subjetiva del autor sino desde un parámetro de atribución valorativa, es decir, el conocimiento como presupuesto del dolo se construye como interpretación del comportamiento del agente con independencia de su situación psíquica, tal como lo define el profesor brasileiro Luis Greco al postular su argumento sobre el dolo sin voluntad.

En otras palabras, desde una perspectiva metodológica el conocimiento como elemento del dolo es una posibilidad que se configura a partir de analizar desde una perspectiva *ex ante* la conducta del agente aplicando un juicio de probabilidad sobre la lesión del bien jurídico tutelado.

En palabras de Roxin, la construcción y acreditación del dolo no se da en cabeza del autor por cuanto el dolo no se define como un proceso subjetivo o psicológico del agente infractor de la norma; ella se da en cabeza del juez por corresponder a una atribución judicial a partir de parámetros de valoración previamente definidos por el legislador.

En conclusión, la determinación del dolo pasó de ser un asunto de constatación empírica a un problema de atribución normativa. Consecuentemente, por exclusión la definición de culpa corresponderá al poco grado de probabilidad de ocurrencia de la infracción típica.

b-Línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tratamiento del dolo eventual en Colombia.

De manera inicial conviene delimitar conceptualmente el alcance o límites de cada título de imputación subjetiva en la modalidad de la conducta descrito en los artículos 22 y 23 del código penal vigente.

Por una parte, para efectos del **dolo eventual** señala la norma que “*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*”. Por otra parte, para efectos de la **culpa con representación** dispone la norma que “*es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*”

Confrontando la literalidad de ambas normas surge con claridad la existencia de dos elementos de especial atención como lo son un componente **cognoscitivo y otro volitivo**. Para el caso de dolo y culpa existe la necesidad de previsión sobre la realización del comportamiento típico; sin embargo, el punto de distancia se torna frente al componente volitivo por cuanto en el dolo eventual se plantea una actitud indiferente o negativa al probable resultado, por cuanto NO se realiza mayor esfuerzo por evitar su concreción, es decir, se parte de la idea que se quiere el resultado típico. Mientras que en la culpa con representación existe una actitud más inquieta o activa frente al posible resultado en la medida que su comportamiento se inclina a la confianza imprudente de poder evitarlo, es decir, parte de la idea de que no se quiere el resultado típico.

Estas sutiles fronteras conceptuales se logran apreciar con claridad que el papel que se le asigne al aspecto volitivo parece ser la clave para su comprensión y diferenciación. Sin embargo, sobre este particular enfoque es visible que la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia a través de la jurisprudencia ha tomado partido por hacer mayor énfasis en el factor cognoscitivo, esto es la previsibilidad del resultado.

Se tiene entonces inicialmente que en la **sentencia con rad. 14355 del 27 de agosto del 2000**, con ponencia del magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, en un caso de accidente de tránsito donde el conductor de un bus con exceso de velocidad, y bajo los efectos del alcohol y la marihuana, arrolló a un motociclista luego de pasarse un semáforo

rojo causándole la muerte y procediendo a la huida. En este caso, los factores objetivos fincados en las decisiones del procesado de infringir voluntariamente varias normas de tránsito como el de conducir en estado de alicoramiento, con sustancias estupefaciente, cruzar el semáforo en rojo y huir del lugar fueron razones suficientes para el máximo tribunal para deducir la desconsideración, desprecio y falta de respeto hacia la vida y la integridad de los demás dada a la previsibilidad del eventual resultado.

Posteriormente, en sentencia del **26 de septiembre del 2007** con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, en un caso de accidente de tránsito donde el conductor de un vehículo particular en estado de alicoramiento y a gran velocidad chocó contra varios automotores produciendo la lesión de varias personas y la muerte de una de ellas; ante la limitación que impone la prohibición de agravar la condición del apelante único frente a la calificación jurídica como delito imprudente en primera y segunda instancia, la Sala Penal no lo quedó más remedio que llamar la atención de la comunidad jurídica al expresar que el caso en cuestión debió ser abordado con la óptica del dolo eventual considerando que desde una perspectiva *ex ante*, al ser previsible los resultados causados, la indiferencia del autor frente a su realización planteaba la necesidad de abordar su reproche desde la modalidad conductual del dolo eventual al desbordar los estrechos límites del delito culposos.

Seguidamente, con la ya conocida **sentencia rad. 32964 del 25 de agosto de 2010**, en un nuevo caso de accidente de tránsito donde el autor, piloto comercial de profesión, luego de ingerir bebidas alcohólicas y estupefacientes condujo a alta velocidad su vehículo sobre horas de la madrugada, pasando un semáforo en rojo sin detener la marcha e incluso casi chocando con un taxi; posteriormente, sin realizar ninguna maniobra para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, ni hallarse huellas de frenado, colisionó con otro vehículo causándole la muerte a dos personas. En este caso la corte no casó la sentencia y mantuvo la calificación original de dolo eventual otorgada por el tribunal en apelación centrando su argumentación en la aplicación de la teoría de la probabilidad la cual enfatiza su argumentación en el componente cognitivo del dolo.

Finalmente, y de reciente publicación la **sentencia rad. 49750 SP 714 del 4 de marzo de 2020** en un caso relativo a unas lesiones personales producidas en el marco de una discusión por los linderos de un predio donde un tercero desprevenido se acercó de manera desapercibida al lugar y recibió un golpe en el pecho que provocó su caída y posterior daño a su integridad dado a la forma en que tropezó. En dicha oportunidad, la corte revocó la decisión de condena por delito doloso y en su lugar consideró que el caso

correspondencia a unas lesiones culposas afirmando el carácter imperante de la teoría de la probabilidad en la dogmática penal colombiana.

En síntesis, la teoría de la probabilidad propia de la concepción cognoscitiva del dolo, explica que el punto de separación entre dolo y culpa es el grado de probabilidad con la que el autor del hecho se puede representar así mismo el resultado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, no interesa la actitud del agente, sea este de aprobación o indiferencia frente al hipotético resultado, será el conocimiento o el grado de representación como probable lo que definirá el carácter doloso de la conducta, y contrariamente la ausencia de este conocimiento determinará la culpa.

C- Caso Concreto

Transitada nuestra atención por las anteriores referencias de orden doctrinal y jurisprudencial debemos dejar sentadas las siguientes premisas:

En primer lugar, es claro que la tendencia imperante en Colombia para delimitar el alcance del dolo eventual y su frontera con otras formas de imputación subjetiva se fundamenta de manera preponderante en una concepción cognoscitiva normativizada, es decir, en la conformación y acreditación del dolo se le resta protagonismo a los aspectos volitivos del agente, los cuales suelen aparecer como formulas prescindibles con una función complementaria o indiciarias para matizar el aspecto de conocimiento en el dolo; y a su turno, la naturaleza del conocimiento exigido para conformar el dolo es de orden valorativo en la medida que se construye sobre parámetros de conducta del agente expresados en juicios de probabilidad *ex ante* a la concreción del resultado dañino, y no en aspectos descriptivos psicológicos de corroboración empírica.

Lo anterior se evidencia en el abordaje de los diferentes casos analizados por la jurisprudencia colombiana sobre hechos de similar ocurrencia en el tráfico vial, donde los datos empíricos corroborables, tales como el exceso de velocidad, la intoxicación con alcohol y sustancias psicotrópicas, multas de tránsito y la naturaleza o gravedad del daño sirven para determinar que tan probable era la previsión del resultado lesivo del bien jurídico.

En segundo lugar, al ser crucial el aspecto cognoscitivo en la conformación y acreditación del dolo eventual, metodológicamente es necesario analizar los hechos jurídicamente relevantes ya acreditados a través de las herramientas conceptuales antes desarrolladas por la Sala Penal de la Corte en el estudio de casos de similar base fáctica y que se relacionan con la teoría de la probabilidad del resultado antijurídico, así como el riesgo no permitido y la habituación al riesgo.

En ese orden, resulta claro que nuestro interés deberá inclinarse por responder una pregunta central: En el concreto desarrollo de la conducta estudiada **¿El señor VIVES CABALLERO pudo prever como probable la concreta realización del comportamiento dañino?**, para ello entonces debemos consultar cuales fueron las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores que fueron adoptadas por el juez de instancia como acreditados inferencialmente. Una vez distinguidas o clasificadas estas circunstancias nos corresponde determinar el grado de generalidad o especificidad con el que era posible representarse el resultado dañino generado con la conducta analizada partiendo desde una perspectiva *ex ante* de su comportamiento, para esto último serán de utilidad aspectos inferenciales como los concretos conocimientos especiales y experiencias del señor VIVES CAMPO frente al desarrollo de la actividad riesgosa del tráfico vial.

Las respuesta a los anteriores interrogantes nos permitirán establecer un parámetro objetivo de valoración de la conducta desplegada por el imputado con miras a realizar una atribución del grado de conocimiento que debió ostentar al momento de desplegar su conducta, y consecuentemente determinar el título de imputación subjetiva correspondiente a tal probabilidad de conocimiento del resultado dañoso.

Sobre la base de los anteriores pasos tendremos entonces que:

a-Las circunstancias acreditadas a manera de inferencia razonable fueron que:

Anteriores a la conducta:

-El imputado se encontraba consumiendo bebidas alcohólicas en un establecimiento comercial antes de la 12PM.

-El imputado condujo su vehículo bajo los efectos de sustancias alcohólicas, arrojando un grado 2 en la prueba de alcoholimetría.

- El imputado se planteó como objetivo conducir hasta la vivienda familiar ubicada en el sector de pozos colorado esa misma noche.
- El imputado sabía que se encontraba bajo los efectos de sustancias alcohólicas.
- El imputado pose multas por infracción de tránsito relacionadas con exceso de velocidad

Concomitantes a la conducta:

- El imputado conducía su vehículo por un vía de cotidiano uso
- El imputado conducía su vehículo a altas horas un domingo en la noche y la madrugada de un lunes
- El imputado conducía por un sector con poca luminosidad
- El imputado embistió con su vehículo a 7 personas que transitaban caminando en grupo por una calzada.
- Los cuerpos de las personas victimas fueron gravemente afectados, unos desmembrados otros lanzados a una larga distancia.

Posterior a la conducta:

- No existe huellas de frenado
- El vehículo se localizó a 100 mts del lugar del accidente cuando se detuvo.
- El imputado se mantuvo en la escena de los hechos
- El vehículo en el que se movilizaba recibió un daño en la parte frontal

Grado de previsibilidad del daño concreto.

En este punto no sobran realizar dos consideraciones. Primero, se debe partir desde una perspectiva *ex ante* del suceso, en palabras de la Corte (SP5395-2015) esto implica un ejercicio intelectual donde el analista tiene que "*retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico*"; lo anterior valorando todas las circunstancias que eran posibles de conocer por el autor antes del concreto episodio materia de estudio. Segundo, el daño objeto de previsión debe ser uno

concreto, como el producido como consecuencia de la conducta estudiada o de similar alcance, no uno genérico o abstracto.

Lo anterior bajo el entendido de que toda actividad de tránsito como conducta socialmente aceptada conlleva ensimismo un riesgo; consecuentemente y con mayor razón el desarrollo de una actividad por fuera del riesgo permitido entrañaría por antonomasia un riesgo pero que sigue siendo abstracto y no concreto; de allí que se precise un grado de representación que se acerque de manera más fidedigna al resultado o consecuencia materia de estudio, pues un entendimiento diferente volvería tautológico el presente ejercicio argumentativo y por tanto inútil para el fin propuesto.

Como fundamento de lo anterior basta revisar el ejercicio argumentativo emprendido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos antes citados:

En el fallo identificado con **rad. 14355 del 27 de agosto del 2000**, con ponencia del magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, la corte tomó como puntos de partida para la acreditación de la concreción del daño y por tanto del dolo eventual, aspectos tales como la ingesta de alcohol, infracción de normas de tránsito, huida del lugar de los hechos, pero especialmente el patrón de conducta dada a la experiencia de un accidente en similares circunstancias.

En estricto sentido esta fundamentación apuntó a una clara concepción volitiva del dolo, puntualmente a la teoría del consentimiento en la medida que cada uno de los datos empíricos recogidos en el fallo constitutivos del conocimiento del sujeto se inclinaron a la perfilación de su voluntad del agente al reseñar que dentro del foco de su atención se apreciaban los resultados, es decir, que era consciente del daño que acarrearía su conducta pero muy a pesar de esto le fue indiferente lo que pudiese suceder y efectivamente ocurrió.

Lo anterior se evidencia con mayor claridad cuando concluye en los siguientes términos que: *“la responsabilidad dolosa se infiere no de la trasgresión última de las reglas de tránsito ni de la conducción producida por el alcohol y la marihuana, sino de lo que la experiencia trágica anterior podría determinar no solo en la consciencia sino también en la voluntad del procesado dada la naturaleza de la máquina que dirigía.”*

Así mismo, en otro caso de idéntica base fáctica como es el reseñado en la sentencia **rad. 32964 del 25 de agosto de 2010**, donde el agente infractor conducía bajo los efectos

de la intoxicación del alcohol y la marihuana, alta velocidad, poseía conocimientos especiales en su rol como piloto comercial y dispuso de una experiencia previa y cercana de un posible accidente como lo fueron las diferentes multas de tránsito y el casi colisionar con un taxi en una maniobra previa al desenlace fatico; se observa que la postura acogida por la sala penal fue la de aplicar la teoría de la probabilidad, la cual corresponde a una concepción cognoscitiva del dolo, haciendo uso en su argumentación de criterios como el de la creación del riesgo no permitido; así como el de la representación de la probabilidad del resultado antijurídico

En esta oportunidad, la alta cantidad de indicios descritos permitieron afirmar a la Sala penal que el agente infractor de la norma se pudo representar el concreto resultado dañino, como lo fue la colisión con otro vehículo con el desenlace fatal.

Dicho esto, para el concreto caso del señor VIVES CABALLERO tendremos que desde una perspectiva *ex ante* no era posible representarse con un alto grado de probabilidad la ocurrencia de un comportamiento dañino concreto como el de acabar con la vida de 6 personas y disminuir la integridad de una séptima tal como aconteció con la conducta analizada al interior de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que fueron demostrada de manera inferencial en este asunto.

Esto es así por cuanto se conoce que: **primero**, por la fecha y hora del incidente, esto es un domingo para lunes en horas de la madrugada, era poco probable que existiera gente transitando por un sector tan particular como el lugar del fatídico hecho. Dicho de otra forma, cualquier persona podría imaginar la mera posibilidad de que alguien transitara por algún tramo de esa vía, pero esto no deja de ser una previsión de un peligro abstracto que nos aleja en este estadio procesal de la posibilidad de hablar de un conocimiento concreto altamente probable.

Segundo, atendiendo el especial contexto del escenario del acontecimiento, esto es la de una vía de carácter nacional destinado para el tráfico de automotores donde cerca existía la presencia de un puente peatonal, hacia poco probable para cualquier persona en su rol de conductor representarse que alguien transitaría atravesando la vía y no el puente peatonal. Lo anterior dado a que en el plano normativo de la función reconocida a un carril de esta naturaleza, se espera que por la misma transiten otros vehículos, no personas, es decir, existe más probabilidad de prever una colisión con otro automotor que con un ser humano en ese particular escenario.

En complemento de la anterior premisa, no es que sea inusual o extraño el tránsito de peatones cruzando la carretera sin tomar el puente peatonal destinado para ello, pues generalmente vemos a diario este tipo de infracciones, pero lo vemos especialmente en horas diurnas a determinadas horas y sobre todo en esas horas pico en que las personas se desplazan hacia su lugar de trabajo, los estudiantes a sus universidades y colegios, o cuando terminada la jornada van de regreso a casa; estos momentos demandan una mayor atención y un especial cuidado de todos aquellos que participan en el tráfico rodado. En estas circunstancias particulares, claramente diferenciables del caso estudiado, puede determinarse en mayor medida una representación de que algo se espera que ocurra si como conductor creo el riesgo jurídicamente desaprobado de ir a exceso de velocidad y condictiendo en estado de embriaguez.

Dicho lo anterior, el interrogante que se desprende para el caso concreto del imputado se relaciona con la probabilidad de prever esa misma representación de la infracción típica en el conductor del vehículo que se desplaza en estado de embriaguez y a exceso de velocidad, cuando las circunstancias son: que la conducta se desplegó en horas de la madrugada, en hora no pico, cuando hay poco tránsito vehicular, concluyendo un fin de semana, sobre una calzada destinada solo para la circulación de vehículos y en donde la presencia de peatones sobre esa calzada es casi nula.

Para el despacho la representación de la infracción típica era poco probable, pues lo que se espera bajo esas circunstancias es encontrar en la calzada, a lo sumo, otros vehículos y de ahí una alta probabilidad que tal riesgo jurídicamente desaprobado produzca un choque o colisión entre vehículos como rodantes autorizados normativamente para circular sobre esas calzadas, y no entre un vehículo y un peatón o grupo de peatones.

En este punto de la intervención se debe llamar la atención a la Fiscalía General De La Nación, a quien corresponde en ultimas la carga de probar todos y cada uno de los hechos jurídicamente relevantes de su caso, así como aportar suficientes hechos indicadores que permitan respaldar sus inferencias; ello por cuanto es claro que el aspecto litigioso de asuntos de esta naturaleza gira en torno a la unificación de criterios sobre la teoría jurídica aplicable a los hechos concreto, más no sobre aspectos de orden probatorio.

Sin embargo, advierte este juzgador que bajo el pretexto de que nos encontramos ante una etapa inicial de la investigación que solo demanda un compromiso cognoscitivo

mínimo para su procesabilidad como es el grado de inferencia razonable de autoría, se perdió el interés en materializar otros actos de investigación tendientes a perfeccionar la calidad de la información allegada al proceso precisamente para dilucidar con mayores herramientas epistémicas aspectos de tan finas consideraciones como los que se centran en el estudio de las concepciones cognoscitivas del dolo y las diferentes teorías que la sustentan, y que en últimas se erigen sobre la base de inferencias o hechos indicadores.

Para muestra de un botón, basta con resaltar la riqueza de detalles o datos epistémicos que fueron analizados en los casos precedentes materia de estudio por parte de la sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sobre el particular, conociendo que las diligencias preliminares se prolongaron durante varias sesiones dada a las maniobras de la defensa y la connotación que tomó el presente caso, nos preguntamos si no era realmente posible haber allegado información pericial al proceso que sirviera para acreditar con mayor autoridad cuál fue el valor real de exceso de velocidad alcanzado por el imputado tomando como punto de referencia los indicios que reposaron en la escena de los hechos, o si no era plausible realizar una reconstrucción de la línea de tiempo que permitiera hacer un seguimiento a la ruta transitada por el imputado desde el momento que salió del establecimiento comercial camino a su vivienda familiar para deducir otros datos igualmente útiles para la pretensión de análisis del dolo eventual.

Estas serán inquietudes no resueltas, que si bien no echan al traste el trabajo de la fiscalía, si nos impiden coincidir a cabalidad con el análisis argumentativo de la funcionaria judicial de primera instancia.

No obstante lo anterior, lo que si emerge con claridad es que con la conducta del señor VIVES CABALLERO de conducir en estado de embriaguez y a alta velocidad se elevó un riesgo jurídicamente relevante, pues la sola actividad de conducción es un ejercicio que supone un riesgo ensimismo tolerado por la sociedad para su dinámico desarrollo social, pero realizarlo en las anotas circunstancias lo vuelve desaprobado para el ordenamiento jurídico. Riesgo desaprobado que a su turno se materializó claramente en el resultado fatal objeto del proceso, por lo que es posible predicar una imputación objetiva del resultado en cabeza del procesado a título de culpa apoyándonos precisamente en la aplicación de la teoría de la probabilidad hoy vigente en el criterio de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia como se pasó a reseñar con antelación.

Dicho en términos más sencillos, jurídicamente se debe atribuir el resultado muerte a la conducta del señor VIVES CABALLERO dado a que: **primero**, existe una relación causal entre el hecho descrito en la norma como homicidio y la actividad de conducción desplegada por el autor; **segundo**, la conducta del autor de conducir bajo los efectos del alcohol y alta velocidad se encuentra desaprobada por el estado de derecho al generar un peligro que supera los límites de lo que puede ser tolerado por el derecho penal para el desarrollo de la sociedad; **tercero**, ese peligro o riesgo jurídico desaprobado es la causa directa o eficiente del fatídico resultado contemplado en la legislación penal como homicidio culposo agravado de acuerdo a los artículos 109 y 110, precisamente por la violación al deber objetivo de cuidado propio de la actividad de tráfico vial, a través de su vehículo automotor, encontrándose bajo el influjo de bebidas embriagantes.

Por lo tanto, deberá el señor VIVES CABALLERO mas adelante en juicio responder por estos hechos, descartando en estos momentos la teoría planteada por la defensa en el sentido de señalar una posible auto puesta en peligro por parte de las victimas en virtud al principio de seguridad, principio que cobra especial vigencia cuando se propone esta teoría.

Tal como lo trae a colación la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, en **Auto del 25 de mayo de 2015. M.P. José Leónidas Bustos. Rad. 45329**, un caso de accidente de transito donde el conductor de un bus de servicio público atropelló a dos personas en estado de embriaguez mientras conducía con exceso de velocidad. En esa oportunidad la corte descartó la posibilidad de predicar una auto puesta en peligro por la conducta de las víctimas, pues siempre será necesario corroborar las siguientes condiciones:

“Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado. Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo. Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de él.

En ese caso concreto como el presente la corte estimo que era aplicable el principio de seguridad o defensa en virtud del cual se impone al autor la carga de asumir con comportamiento más precavidos o defensivos la eventual imprudencia de los demás co-participantes de una actividad riesgosa, especialmente tratándose de niños ancianos o personas con capacidad disminuida, porque éstos según sus condiciones generan

situaciones de riesgo que deben ser previstas y que exigirían un mayor compromiso de quien se enfrenta a ellos”.

En este caso, como en aquel comentado por la jurisprudencia, se habla de sujetos en especial estado de riesgo o protección, por cuanto las víctimas, dos de ellos, eran menores de edad, e incluso se alcanzó a ventilar en alguna oportunidad del debate el posible estado de embriaguez de los mismos por la supuesta procedencia de una fiesta clandestina, situación que de ser corroborada en el proceso solo haría más palpable y exigible las consideraciones antes expuestas sobre el papel del señor VIVES CABALLERO en su rol como garante de una fuente de riesgo como es la de conducir en estado de embriaguez y a exceso de velocidad.

III-PROCEDENCIA DE UNA DETENCIÓN PREVENTIVA

Superada las anteriores consideraciones, encuentra el despacho que de los hechos jurídicamente relevantes efectivamente acreditados se muestra como necesaria la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, pero que dicho fin puede ser cubierto con una detención en el lugar de residencia del señor ENRIQUE VIVES CABALLERO.

En primer lugar, esta más que claro la acreditación de una inferencia razonable de autoría sobre los hechos jurídicamente relevantes ya descritos en su alcance y contenido referidos al delito de homicidio culposo agravado descrito en los artículos 109 y 110 de la ley 599 del 2000, cuyo marco punitivo corresponde a una pena de prisión superior a los 4 años.

En segundo lugar, a pesar de la nueva perspectiva adoptada frente a la calificación jurídica que se compadece con los hechos jurídicamente relevantes, las consideraciones relativas a la salvaguarda de los fines constitucionales esbozadas por la funcionaria judicial de primer grado pueden ser aplicables en esta oportunidad.

Claramente los hechos así calificados no diluyen la gravedad y connotación que revisten dado al atentado plural que acabó con la vida de 6 jóvenes y lesionó la integridad personal de un séptimo de ellos, situación que, muy a pesar del entendimiento de la defensa, si se enmarca en el criterio normativo descrito en el numeral 1 del artículo 310 por cuanto la norma centra su atención en el número de delitos imputados y en este caso se presente un concurso homogéneo simultáneo de conductas, es decir, la infracción plural del mismo

precepto normativo a través de una misma acción, cuestión que a nuestro criterio satisface el requerimiento descrito. Aunado a esto, la posibilidad que con su libertad el señor VIVES CABALLERO pueda seguir adelantando la actividad de conducción en estado de embriaguez al destacar que no es la primera vez que desatiende las prohibiciones de tránsito tal como lo reflejan los comparendos antes enrostrados.

En lo que se refiere al riesgo de no comparecencia, más allá de compartir o no la estrategia defensiva desplegada por el togado de la defensa para procurar la defensa de los intereses de su prohijado, reafirma el despacho que la conducta procesal desplegada por el imputado durante el desarrollo del trámite procesal sirve como hecho indicador de su probable renuencia o actitud esquivada en lo que se refiere al impulso del proceso.

En este punto no comparte las razones entregadas por el defensor del señor VIVES CABALLERO para justificar las diversas dilaciones que se presentaron desde el momento de la captura hasta la celebración de las diferentes audiencias concentradas, en donde se pudo apreciar el desarrollo de posibles maniobras dilatorias tendientes a capitalizar mayor tiempo con una finalidad no muy clara para este funcionario. De cualquier forma, estas serán consideraciones que harán parte del resorte de la justicia disciplinaria, por lo que se anuncia que se compulsará copias a la comisión de disciplina judicial para que investiguen la presunta comisión de conductas contrarias al código disciplinario por parte del profesional del derecho ALEX FERNANDEZ HARDING

Acto seguido, de conformidad con lo descrito en el artículo 313 de la ley procesal penal aplicable al caso concreto, es claro que para el presente caso es procedente la detención preventiva del imputado en virtud del numeral segundo de la norma en cita que señala como factor objetivo que el monto mínimo de la pena sea o exceda los 4 años.

Sin embargo, en estricta aplicación del test de proporcionalidad dentro del caso concreto debemos destacar que los fines constitucionales antes identificados pueden ser igualmente salvaguardados a través de una medida menos lesiva de la libertad del imputado como lo es la detención preventiva en su residencia atendiendo las consideraciones del numeral 1 del artículo 314 de la misma normatividad.

Lo anterior será así dado a que, por una parte no existe prohibición legal que así lo impida dado a la naturaleza del delito materia de análisis. Incluso, dicho sea de paso, de haberse mantenido la imputación subjetiva de dolo eventual se debe recordar que la

prohibición contenida en el código de infancia y adolescencia solo puede ser predicada en los casos donde se acredite que el autor tenía conocimiento de la edad del sujeto pasivo, cuestión que claramente no puede ser asumida como acreditada en este caso dado al desenvolvimiento de los hechos.

Por otra parte, en virtud al principio de progresividad como criterio orientador del principio de necesidad en el estudio de la detención preventiva es claro que del análisis escalonado del catálogo de posibilidades sobre las medidas de aseguramiento la relativa a la detención en la residencia del imputado constituye un punto medio para no incurrir en un acto desproporcionado en la limitación excesiva de su dignidad humano y su derecho de locomoción ante una detención en centro carcelario ni tampoco con una limitación insulsa o inidónea ante la imposición de una medida con menor rango de afectación a sus derechos, pero que no cubra a cabalidad el fin perseguido.

Recapitulando, el despacho modificará la decisión venida en alzada por el juez *Ad Quo* al encontrar que de los hechos jurídicamente relevantes debidamente soportados se acredita el delito de homicidio culposo agravado y no el de homicidio bajo la modalidad de dolo eventual. En su lugar impondrá como detención preventiva la relativa a la medida de aseguramiento en el lugar de residencia del señor ENRIQUE VIVES CABALLERO por las razones antes expuestas.

Por lo expuesto el juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Marta,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la nulidad solicitada por el defensor de acuerdo con las razones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el auto de fecha 18 de septiembre de 2021 proferido por el juzgado primero penal municipal de Santa Marta, que impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario al señor ENRIQUE VIVES CABALLERO como presunto autor del delito de homicidio en concurso homogéneo y simultáneo con dolo eventual. En su lugar se impone medida de aseguramiento privativa de la libertad en lugar de

residencia por el delito de homicidio culposo agravado en concurso homogéneo y simultáneo. Líbrese los oficios al INPEC Cartagena para que lo traslade a su lugar de residencia y al INPEC Santa Marta para que vigile el cumplimiento de la medida cautelar.

TERCERO: Compulsar copias a la comisión seccional de disciplina judicial, para que si lo tiene a bien se investigue al abogado Alex Fernández Harding.

CUARTO: DÉSE cumplimiento a lo señalado en el artículo 320 del C.P.P.

QUINTO: ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS, y CONTRA LA MISMA no procede recurso alguno.

EL JUEZ

JAIRO VILLALBA DE ANGEL