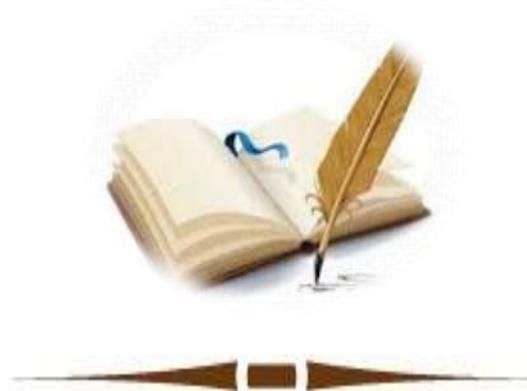


## Relatoría Tribunal Superior de Tunja



**PRECLUSION/ INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO/** *“La inexistencia del hecho investigado hace referencia a la ausencia real y no jurídica del hecho, es decir, que el hecho considerado como punible no surgió fenomenológicamente”*



**INTERLOCUTORIO No. 030**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL TUNJA**

**SALA PENAL**

**MAGISTRADA PONENTE: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS**

**APROBADO Acta N°071 de \_\_\_\_\_ Ley 16 de 1968, Art. 30  
Num. 4°.**

*Tunja, veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciséis (2016), martes dos de la tarde (02:00 pm.)*

*Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA contra el auto emitido el 12 de mayo de 2016 por el Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Miraflores, que niega la*

preclusión del procedimiento adelantado en su contra por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, dentro del radicado de primera instancia 201200076 y de segundo 20160314.

### **TRAYECTORIA PROCESAL**

Presentado el escrito de acusación por la Fiscalía, se celebra la formulación de la misma el 14 de enero de 2015, para luego dar inicio a la audiencia preparatoria el 20 de agosto de 2015, la cual continúa el 15 de diciembre de 2015, sesión en la que la defensa técnica solicita la preclusión en los términos del art. 332 del C. de P.P. pretendiendo el cambio del rumbo de la audiencia de discovery a la de preclusión, a lo que accede el juzgado procediendo a fijar fecha para el desarrollo de esta sesión pública.

El 12 de mayo de 2016 se celebró la audiencia de preclusión solicitada por la defensa técnica donde se esgrime la causal 3 del art 332 de la Ley 906 de 2004 que se relaciona con la "inexistencia del hecho investigado". Luego de surtido el debate correspondiente se niega la preclusión impetrada en el auto que es objeto de alzada.

### **LA PROVIDENCIA RECURRIDA**

La defensa del acusado fundamenta su solicitud de preclusión con base al elemento material de prueba y evidencia física hasta aquí descubierto por la Fiscalía, iniciando con el examen psicológico practicado a la menor, dando lectura al mismo en su integridad, para afirmar que es importante la versión de la menor en esta valoración, alude a la edad de la menor con fundamento al registro civil de nacimiento -4 años-, a unas certificaciones de orden laboral obtenidas por el investigador de la defensa, da lectura a esos documentos que pretende aportar a las diligencias, hace referencia a la compulsa de copias para iniciar esta investigación. Señala que

de acuerdo a los relatos de la menor en las fechas que se relacionan en la compulsa de copias y de conformidad a las certificaciones expedidas por el Gerente y Subgerente de una empresa familiar, se desprende la causal de preclusión contenida en el numeral 3 ya que queda claro que el procesado vivía y laboraba en su momento en la ciudad de Bogotá, como se demuestra con los documentos que allega, por lo tanto, no cometió el hecho, lo que da la posibilidad de precluir la presente investigación.

En traslado la pretensión de la defensa, el representante de víctimas manifiesta que las certificaciones y lo expresado por la defensa, es un elemento de conocimiento pero no una prueba, para decidir, ya que se requiere es una prueba sobreviniente, no se da la certeza ni contundencia para desvirtuar que el procesado se encontraba en las jurisdicciones referidas, existiendo imprecisiones en las certificaciones aportadas, además que las pruebas ya fueron descubiertas en la acusación. No se deja sin piso lo actuado hasta la fecha debiendo proceder a ser discutidas y sopesadas en el juicio. Solicita no se dé trámite a la solicitud de preclusión.

Por su parte la Fiscalía pide negar la preclusión por cuanto solo se limita la defensa a enunciar las pruebas descubiertas por la Fiscalía en la audiencia de acusación sin ser procedente que se invoque tal preclusión, teniendo por conocidos los hechos. Se presentan unas certificaciones que no son pruebas sobrevivientes, no se tiene certeza de las empresas de que allí se habla, no se determina fechas de descansos solo de manera general se trata que laboró allí el procesado. En estas condiciones no encuentra piso la causal de preclusión invocada al no ser probado que concurra la misma. Agrega que estas son pruebas que se deben tener en el juicio como de referencia.

Una vez el a-quo resume la solicitud de la defensa y la intervención del representante de la víctima y la Fiscalía, refiere jurisprudencia constitucional, la causal 3 del art. 332 del C. de P.P. invocada por el petente de la preclusión, para esbozar que la defensa se remite al examen psicológico para argumentar la inexistencia del hecho y los documentos aportados en esta diligencia concernientes a las certificaciones de orden laboral del procesado, elemento material de prueba y evidencia física la reseñada que deben ser controvertidos e introducidos al juicio oral, sin que se logre desvirtuar los hechos de esta investigación. Concluye que la menor se

refiere a dos episodios entre ellos su señor padre y el procesado, sin que la defensa de razón en su argumento a que fue solo otra persona la que vulneró los derechos de la menor, siendo materia de juicio y estando aportas de la audiencia preparatoria solicitar su incorporación, motivo por el cual no decreta la preclusión invocada.

## **LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

### **Argumentos del recurrente.**

**La defensa** fundamenta su inconformidad con base en el elemento material de prueba que señala la inexistencia del hecho investigado, ya que se encontraba el procesado laborando conforme se certificó, por lo tanto no se debe esperar a juicio una vez traídos estos documentos, que dan cuenta de las fechas exactas en que laboro, siendo suficiente para establecer que estuvo en una ciudad como es la ciudad de Bogotá, lo que demuestra la imposibilidad de que se realizara el hecho, razones por las que solicita se revoque la decisión y se precluya la investigación.

### **Argumentos de los no recurrentes.**

**El representante de víctimas** expresa que no es posible la solicitud, decreto y practica de pruebas en esta etapa, debiéndose traer construidas para la audiencia preparatoria, no se tiene certeza con las certificaciones aportadas para que el fallador adopte decisión y se afirme que el señor GUTIERREZ SANABRIA laboraba en Bogotá y por ello no hubo existencia del hecho, deben presentarse pruebas contundentes.

**La Fiscalía** pide se ratifique lo resuelto por el a-quo, el legislador ha dispuesto no hacer debate probatorio, solo se valoraron por la defensa los elementos materiales de prueba, no se aportaron pruebas sobrevinientes, se pretende probar una causal de preclusión sin debate probatorio de los documentos allegados. Se quedó entre dicho el tiempo laborado según lo certificado, no se alude a permisos, descansos pretendiendo con ello demostrar la inexistencia

del hecho investigado sin existir respaldo alguno.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia.**

*La Sala es competente para conocer del recurso de apelación a tenor del art. 32.1 de la ley 906 de 2004.*

*La inconformidad de la representante del acusado gira entono a que el juzgado desconoció las certificaciones aportadas con las que demostró que por el ejercicio del trabajo en la época de los hechos no fue el aquí procesado el que cometió el ilícito, motivo por el que califica el mismo como inexistente para que prospere la causal 3 del art 332 del C.P.P., elemento de prueba que no fue atendido por el a-quo.*

### **2. De la preclusión de la indagación.**

*El artículo 250 de la C. N. y 200 de la ley 906 de 2004, prescriben que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En ejercicio de dicha atribución deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones en los eventos previstos en la ley y cuando no hubiere mérito para imputar o acusar.*

*Los artículos 331 al 335 del C. de P. P. estatuyen que en cualquier fase de la actuación –indagación, investigación y en el juzgamiento, podrá el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión, de no existir mérito para acusar y comprobarse la presencia de cualquiera de estas causas: imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; existencia de un motivo que excluya la responsabilidad, en orden a las previsiones en este sentido hechas por el Código Penal; inexistencia del hecho investigado; atipicidad de la conducta; ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; imposibilidad de desvirtuar la presunción de*

*inocencia; y vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.*

*De concurrir en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales atinentes a la continuación del ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público y por la defensa.*

*La decisión de preclusión también se debe adoptar en las indistintas etapas del trámite una vez establecida cualquiera de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 77 del mismo Estatuto Procesal Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento.*

*Una vez alcance firmeza el decreto de preclusión, tiene por consecuencia jurídica la cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal en contra del imputado por los hechos a él atribuidos.*

*Aplicadas las normas legales y la jurisprudencia antes señaladas a la petición de preclusión, en concreto, como los argumentos presentados por la defensa técnica en la primera instancia y esbozados en la audiencia preparatoria, la Sala procede a hacer el siguiente análisis:*

*La causal invocada por la defensa del acusado JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA es la contenida en el art. 332 No. 3 del C. de P.P. relativa a la "Inexistencia del hecho investigado".*

*La inexistencia del hecho investigado hace referencia a la ausencia real y no jurídica del hecho, es decir, que el hecho considerado como punible no surgió fenomenológicamente. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en auto del 18 de junio de 2010, radicado 33.642, ha sostenido:*

*"No soslaya la Corte que la circunstancia delimitada como propia de la solicitud de preclusión adviene si se quiere objetiva, pues, parece claro que para separarla de otras causales insertas en la norma, dígase la atipicidad del hecho, o la existencia de una causal que incluya responsabilidad, el numeral remite a que fenoménicamente eso que denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos.*

“En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en que la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva”.

*En vía de ejemplo también se tendría, cuando alguien presta a un amigo objetos muebles y olvidando este hecho formula querrela contra la empleada doméstica porque considera que le fueron hurtados y ella la única persona que pudo tener acceso al lugar donde los guardaba; También que ante la desaparición intempestiva de una persona se adelanta investigación por desaparición forzada y por secuestro y que a consecuencia de ello se formulen cargos a personas cercanas o enemigas de la víctima, y luego se establezca que la persona nunca fue privada de su libertad, sino que simplemente abandono la casa y no le dio aviso a nadie etc.*

*Mientras que la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, se relaciona en determinar la absoluta inocencia del indagado o imputado por no ser el posible autor o participe del hecho punible, vale decir, que fácticamente el indiciado no participo, lo que se debe acreditar a plenitud ante el juez de conocimiento.*

### **3. El caso concreto.**

*Es de precisar que la preclusión fue pretendida en la audiencia preparatorio donde ya se encontraba en pleno curso la fase de juzgamiento, de ahí que fuera impetrada la causal inserta en el No. 3 del art. 332 de la Ley 906 de 2004 concretada en “la inexistencia del hecho investigado”, para cuya comprobación se valoró de acuerdo a su punto de vista por la defensora del implicado el elemento material de prueba descubierto por la Fiscalía en la acusación como lo fue el informe psicológico de fecha 30 de octubre de 2012, el registro civil de la menor víctima, allegando además la entrevista recepcionada por la investigadora de la defensa del señor WILLIAM HURTADO PACHECO propietario de la empresa INDUSTRIAS FAWY DE COLOMBIA como certificación de trabajo y comportamiento.*

*El material probatorio aportado por la defensa de JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA para fundamentar su pretensión de preclusión en especial de la causal dispuesta en el numeral 3 del art. 332 del C.*

de P.P, consistente concretamente en lo manifestado en entrevista por el propietario de la empresa INDUSTRIAS FAWY DE COLOMBIA con sede principal en Bogotá donde explica el organigrama, números de trabajadores e indica que JUAN GUTIERREZ SANABRIA laboró para esa empresa desde el 10 de febrero de 2005 hasta el 10 de marzo de 2007 en un proyecto de inyección y soplado y del 1 de abril de 2007 hasta junio de 2012 pasando a cumplir labores en almacenamiento, manejo de materiales, despachos y mercancías y en ocasiones realizaba labores de mensajería. Que vivió en el mismo domicilio de él y su familia y que cumplía turnos de 8 horas de domingo a domingo. Y certificación expedida el 1 de noviembre de 2014, por la subgerente general de INDUSTRIAS FAWY DE COLOMBIA señora FANNY LUCIA RODRIGUEZ MUÑOZ quien hace constar "que JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA con Cédula de Ciudadanía No. 4'298.012 de Zetaquirá (Boy), laboró en la empresa desde el 10 de Febrero de 2.005 hasta marzo de 2007 y desde el 1 de Abril de 2007. Ingreso como empleado de planta hasta Junio de 2012, durante todo este tiempo vivió en casa donde habitó con mi familia, vivió solo y mostro ser un empleado honesto, trabajador, responsable, respetuoso y cumplidor de sus deberes".

Con el elemento material probatorio, queda establecido, que el hecho fue fácticamente determinado por la Fiscalía, base de la acusación jurídica como presunto responsable el procesado JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA en calidad de autor y a título de dolo del punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 años –art. 208 del C.P.- siendo víctima la menor MY de 4 años de edad, cuya actuación procesal está en curso, precisamente en la etapa de descubrimiento probatorio la cual inició con la presentación del escrito de acusación, siendo instalada e iniciada la sesión preparatoria que se interrumpió para dar paso al trámite y decisión de la preclusión impetrada por la defensa del procesado.

La entrevista y los documentos que se aportan en nada desdibujan ni determinan que el hecho denunciado que dio lugar a la imputación de cargos por el punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, y la consecuente formulación de acusación, no hubiese existido, ni tampoco que exonere de toda intervención en el ilícito a GUTIERREZ SANABRIA, ante su imposibilidad de participación por hallarse en lugar distante, que es lo que al final aspira demostrar la defensa.

Lo único que logra poner de presente la parte apelante es que laboró JUAN JOSE GUTIERREZ SANABRIA en la empresa INDUSTRIAS FAWY DE COLOMBIA y que residía en la misma casa de habitación que los propietarios, así como su buen comportamiento como empleado y persona, situación que no da certeza alguna de que el implicado sea ajeno o inocente por no haber participado, cuando al contrario ha sido señalado como el posible autor de las maniobras mancomunadas sobre la menor víctima cuando contaba con 4 años de edad.

Así las cosas, el hecho fácticamente señalado que es objeto de investigación está por determinarse en el juicio para concluir en la respectiva sentencia, de igual forma que la posición de sujeto activo del acusado del delito por el que se le inculpa por parte del ente persecutor penal; de tal suerte que no se acredite la causal 3 inserta en el art. 332 del C.P.P. quedando evidente que lo planteado por el recurrente a través de la preclusión es adelantar el juicio oral variando la naturaleza de la audiencia preparatoria con diligenciamientos que son de su resorte en esta sesión o estadio del juzgamiento, que es donde si a bien lo tienen debe descubrir los documentos que aporta y el trabajo de su investigadora, para que los solicite y si son decretados los incorpore al juicio oral a través de su testigo de acreditación, todo de acuerdo a la teoría del caso que diseñó para defender los intereses de su representado.

En este orden de ideas, no queda otra alternativa que confirmar el pronunciamiento impugnado, al no asistirle razón a los argumentos que soportan la sustentación de la parte recurrente.

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja;

**RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Miraflores el 12 de mayo de 2016; por las razones insertas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. ORDENAR** la devolución de las diligencias al juzgado de origen para que prosiga el curso del proceso.

**NOTIFICADA POR ESTRADOS.**

**CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS  
MAGISTRADA**

**EDGAR KURMEN GOMEZ  
MAGISTRADO**

**LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ  
MAGISTRADA**

**PEDRO PABLO VELANDIA RAMIREZ  
SECRETARIA**