

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
PEREIRA  
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado mediante acta # 1114 de diciembre 1º de 2016 H: 10:30 a.m.

Pereira, dos (2) de diciembre de Dos mil dieciséis (2016)

Hora: 9:15 A.M.

Radicación: 66001 60000 36 2012-02753-02  
Acusado: HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO  
Delito: actos sexuales con menor de 14 años  
Procede: Juzgado Tercero Penal del Circuito  
Decisión: Confirma auto opugnado

**V I S T O S:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado, en contra del auto proferido el día 25 de agosto hogaño por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, en virtud del cual fue declarada improcedente la solicitud de Preclusión de la investigación que se sigue en contra del señor HERIBERTO

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión – se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

ANTONIO AGUDELO OROZCO por la conducta Actos Sexuales con Menor de 14 años.

### **A N T E C E D E N T E S:**

La génesis del proceso penal se desprende de lo contenido en el escrito de acusación de donde se extracta que durante los meses de junio, julio, noviembre y diciembre de los años 2010 y 2011, en el inmueble ubicado en la manzana 13 casa 14B del barrio Comfamiliar Sector Parque Industrial del municipio de Pereira. Lugar en donde el señor Heriberto convivía con la señora Claudia Agudelo Daza, tía de la menor V.G.A., de 9 años de edad, quien durante esos meses por encontrarse en vacaciones escolares solía permanecer gran parte del tiempo allí. Dice el Ente Acusador que durante esos días que la menor pasaba donde su tía, el ahora procesado, aprovechaba los momentos en que se quedaba a sola con ella para someterla a actos libidinosos, consistentes en tocamientos en sus zonas íntimas por encima y por debajo de la ropa; en algunas ocasiones la hizo desnudar para tocarla, también le pedía a ella que le tocara el pene y lo viera eyacular.

### **L A A C T U A C I Ó N P R O C E S A L:**

El día 17 de marzo de 2016, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad se formuló imputación al señor AGUDELO OROZCO, representado por el DR. GERRARDO BERNAL<sup>1</sup>, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años y fue dejado en libertad.

---

<sup>1</sup> al ser declarado en contumacia el señalado responsable

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

El 31 de marzo de 2016, la Fiscal 36 Seccional presentó escrito de acusación el cual le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito, quien el 18 de julio del año que avanza, realizó audiencia de acusación.

La audiencia preparatoria, se inició el 25 de agosto de 2016, durante ella el defensor solicitó que se decretara la preclusión de la investigación adelantada en contra de su prohijado, el Juez le solicitó indicar la causal en la cual sustentaba su pedido y él empezó a hablar de un tema probatorio, lo que implicó que el A-quo lo interrumpiera para decirle que debía invocar una de las causales de las que establece el Código de Procedimiento Penal, cosa que no hizo, pues siguió con su argumentación relacionada con una prueba. Dada la situación, el Juez A quo decidió abstenerse de darle la palabra, decisión que fuera apelada por el abogado. Recurso que fue resuelto por esta Colegiatura el 27 de septiembre de este año, mediante auto en donde esta Magistratura salvó voto. Sin embargo, la decisión mayoritaria fue decretar la nulidad de lo actuado desde el inició de la audiencia preparatoria a fin de que se le permitiera al defensor sustentar su causal de solicitud de preclusión.

Así las cosas, el 31 de octubre de 2016, se dio continuación a la audiencia preparatoria, en donde se le concedió la palabra al defensor del señor Heriberto Antonio para que sustentara su solicitud de preclusión, lo cual hizo invocando la causal tercera del artículo 332 del C.P.P. indicando que la investigación tuvo su origen en un trámite errado del médico que atendió a la menor, pues aquel, la revisó sin la presencia de la madre, lo que generó que fuera ese profesional quien sembrara en la niña la idea de que pudo ser víctima de un abuso sexual. Frente a ese argumento, el Ente Acusador mostró su oposición e indicó que los argumentos esbozados

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión – se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

por el defensor, por tratarse de un tema probatorio, debían ser ventilados en un eventual juicio oral, toda vez que no se está ante una prueba de que el hecho no existió.

Después de haber escuchado a las partes, el A-quo decidió no acceder a la solicitud de preclusión propuesta, toda vez que no veía que realmente se estuviera sustentando y probando una inexistencia del hecho, ya que esa causal debe ser claramente acreditada, situación que en el presente asunto no es tan diáfana, tal como se puede apreciar en el gran esfuerzo argumentativo y probatorio que hizo el señor defensor para tratar de darle sustento a su dicho. Por otra parte, consideró el juez que lo que se ha propuesto es claramente la teoría del caso de la defensa, quien pretende demostrar la inexistencia del hecho, cuestionando para ello las pruebas que la Fiscalía ha puesto en su conocimiento; por tanto, no es este el momento procesal para que el fallador decida sobre la vocación de prosperar de esa teoría. En ese orden, le recordó al solicitante que en esta etapa procesal lo que debe hacer es proceder a descubrirle a la defensa las pruebas que va a hacer valer en el juicio oral e indicar lo que sea del caso respecto a las que le descubriera la Fiscalía, sin proponerle todavía al fallador realizar una valoración sobre las mismas, especialmente cuando hasta el momento las desconoce.

### **LA ALZADA:**

La defensa sustenta el recurso de apelación con el argumento de que el A-quo no puede rechazar su solicitud de preclusión sin analizar las pruebas que tiene para sustentar su pedido, toda vez que ello es parte fundamental de su argumentación y entonces hacer tal cosa resulta en un desconocimiento tanto del derecho al debido proceso como de lo ordenado por el A-quem mediante el auto del 27 de septiembre de 2016, en donde dispuso la nulidad de la actuación y ordenó que se le

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

escuchará la sustentación de su recurso de alzada; de allí que considere que decir que la causal de la inexistencia del hecho investigado debe ser objetiva, palpable y externa al proceso es vulnerar sus derechos, por cuanto, insiste, el material probatorio que la unidad de defensa ha recaudado es lo que demuestra que la menor fue inducida por un médico que irresponsablemente, y violando todos los protocolos de atención a supuestas víctimas de abuso sexual, atendió a la niña sin la presencia de su madre o un familiar, sembrándole en su mente susceptible y manipulable, la creencia de que los flujos vaginales que presentaba y las convulsiones, derivadas de la epilepsia que padece, eran producto de un abuso sexual; idea que caló tanto en su inconsciente, que la llevó a decir posteriormente que sí, que habían existido tocamientos.

Continua su intervención el defensor, señalando que si el señor Juez se niega a estudiar las pruebas que él ha presentado para demostrar la causal invocada, prácticamente lo que hace es ignorar la orden que le dio el Tribunal de que escuchará su argumentación para sustentar la solicitud, y si la misma está basada en las pruebas que se ha pedido que estudie, pues debe de hacerlo sin que sea de recibo su propósito de que no se vaya a decir más adelante que él, esto es el Juez, se adelantó al juicio y que se contaminó con la prueba.

## **LA RÉPLICA**

La fiscalía como no recurrente solicitó que se confirme la decisión del A-quo ya que cuando se trata de invocar la causal de inexistencia del hecho, la causal debe estar clara, que no hay que sustentarla porque la prueba está palpable, como por ejemplo en una investigación de un delito de homicidio donde se establece que la persona no murió y ella aparece, la prueba es evidente y no requiere un estudio por parte del

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión – se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

juzgador, cosa que acá no existe, por tanto no es viable acceder, como ya lo indicó el Juez, a lo pedido por la defensa.

## **PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

### **Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial, sin avizorarse mácula en el procedimiento que vicia de nulidad lo actuado.

### **Problema Jurídico:**

De lo debatido, la Sala es de la opinión aflora el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con los presupuestos probatorios necesarios para la procedencia de la solicitud de preclusión deprecada por la Defensa?

### **Solución:**

Tanto el artículo 250 Superior como el 200 C.P.P. establecen que es la Fiscalía General de la Nación la titular de la acción penal, por tanto es su deber investigar los hechos de que tenga conocimiento y que tengan connotaciones punibles, siempre y cuando obtenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración; ahora bien, si durante sus labores investigativas, encuentra que no tiene o no existen

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

suficientes elementos materiales probatorios y evidencia física que le lleven a desvirtuar la presunción de inocencia de la persona que presuntamente cometió el ilícito, la ley le ha dado la posibilidad de que acuda ante el Juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación de acuerdo a las causales previstas en el artículo 332 del C.P.P.

**"Artículo 332.** *Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.*

**Parágrafo:** *Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión."*

Con lo anterior, se tiene que las causales para solicitar la preclusión de la investigación penal son taxativas y que en un principio la titularidad para invocarlas le asistiría al Ente Acusador, lo sería la regla, de igual forma existen dos eventos en los que la Defensa y el Ministerio Publico también pueden solicitar la preclusión de la investigación en la fase del juicio, los cuales, como bien lo reglamenta el parágrafo del aludido artículo 332 C.P.P. están relacionados con las causales consagradas en los # 1º y 3º ibídem, los cuales tienen que ver con hipótesis que tienen que ver con la imposibilidad que tendría la Fiscalía de ejercer o continuar con el ejercicio de la acción penal o la inexistencia del hecho investigado.

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

Pero es de anotar que a fin de evitar que se suscite un adelantamiento del debate probatorio que se ha de dar en el juicio, acorde con la naturaleza de las causales consagradas en los # 1º y 3º del artículo 332 C.P.P. las cuales son eminentemente objetivas, quien invoque una solicitud de preclusión con base dichas causales, tiene la carga de demostrar de manera plena, clara e indubitable su existencia, sin que sea necesario acudir a sesudas elucubraciones y conjeturas que permitan inferirlas.

Así tenemos que en el evento de la causal de inexistencia, quien pretenda acudir a la misma debe demostrar plenamente que la premisa fáctica con la que se erige la acusación no ha tenido ocurrencia en el mundo fenomenológico, lo que a modo de ejemplo ocurriría en las siguientes hipótesis: en un caso de homicidio, solo bastaría con que se demuestre que nunca tuvo ocurrencia el deceso del óbito, el cual se encontraba vivo; en un evento de daño en bien ajeno, tal acontecer no tendría ocurrencia si se logra acreditar que el bien dañado nunca se destruyó; en un caso de incesto, al acreditarse que el sindicado no tenía ningún vínculo de consanguinidad o de parentesco con la víctima, se demostraría que tal hecho incestuoso no existió.

Frente al tema relacionado con las cargas probatorias que le correspondería asumir a quien propone las aludidas causales de preclusión, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*"Recordó la Corte Constitucional que la doctrina ha caracterizado a las dos causales que habilitan la solicitud con posterioridad a la radicación del documento acusatorio en su naturaleza objetiva, **cuya constatación no demandaría juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas,** (...)"<sup>2</sup> (Negrillas de la Sala)*

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP1392-2015 proferida dentro del radicado No. 39894 del 11 de febrero de 2015, M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez.



Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

A la luz de lo dicho, reitera la Sala que para solicitar la preclusión de una investigación penal respecto de la cual ya se ha iniciado el proceso ante los Jueces de la República y se ha presentado escrito de acusación, es necesario que cualquiera de las dos causales que se pueden invocar para tal fin aparezcan tan claramente probadas y que no sea necesario para ninguna de las partes intervinientes en el proceso hacer un esfuerzo intelectual muy grande a fin de evidenciarla; dejando de lado con ello la necesidad de un análisis probatorio profundo y concienzudo.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, encuentra la Sala que el abogado apelante ha solicitado para la sustentación de su solicitud de preclusión que el señor Juez entre a revisar una serie de elementos probatorios que demuestran que probablemente los hechos materia de investigación no ocurrieron y que los dichos de la menor V.G.A. son el resultado de la idea que le sembró un médico de que alguien la había realizado en ella algún tipo de maniobra erótico-sexual; además, pone en tela de juicio la manera como el primer médico que atendió a la niña realizó tal procedimiento, pues indica que de acuerdo a lo que la Fiscalía le descubrió, se pudo percatar que en dicha oportunidad la menor fue atendida por el galeno sin la presencia de su madre o un adulto que la acompañase.

Bajo ese contexto, encuentra la Sala que tal como lo indicó el juez de primer nivel, el recurrente está confundiendo la prueba de la no ocurrencia del hecho investigado con un debate probatorio propio del juicio oral, el cual no es dable adelantar en este momento, especialmente cuando para ello lo que se pretende es que se analicen entre otras las pruebas que la Fiscalía pretende llevar a juicio, y las cuales aún no se han practicado ni decretado, toda vez que la fase de la

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

audiencia preparatoria no se ha logrado llevar a cabo plenamente dada la solicitud de la defensa.

Aunado a lo anterior, no avizora esta Corporación que exista por parte del A-quo, como lo considera la defensa, un desconocimiento de lo ordenado en el auto proferido el 27 de septiembre de 2016, puesto que en él se dijo que le debía permitir al censor presentar sus argumentos respecto al porqué solicitaba la preclusión, sin que con ello se le ordenara en momento alguno que debía acceder a declarar la misma o que debía hacer lo que el petente solicitara, esto es, adelantarse a un análisis probatorio; así las cosas no existe vulneración a derecho alguno.

De acuerdo con lo dicho, y dado que la causal de preclusión invocada por el defensor del señor Heriberto Antonio Agudelo no aparece claramente probada, es necesario indicar que se confirmará la decisión del A-quo de no declarar la preclusión de la investigación adelantada en su contra y en consecuencia se deberá continuar con el devenir del proceso, para que sea en juicio oral en donde la defensa demuestre que tal como lo ha venido afirmando la menor V.G.A. fue manipulada por terceros para que narrará los hechos que dieron origen a la investigación en contra de su representado.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

### **RESUELVE:**


**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad en la audiencia realizada el día 31 de octubre del año en curso, por medio de la cual se negó la solicitud de preclusión de la investigación

Radicación:	66001 60000 36 2012-02753-01
Acusado:	HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO
Delito:	actos sexuales con menor de 14 años
Asunto:	Apelación auto Preclusión - se inhibe
Procede:	Juzgado Tercero Penal Del Circuito De Pereira
Decisión:	Confirma auto confutado

deprecada por la Defensa dentro del proceso penal que se adelante en contra del señor **HERIBERTO ANTONIO AGUDELO OROZCO**, por presuntamente haber cometido el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años.

**SEGUNDO:** Ésta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**



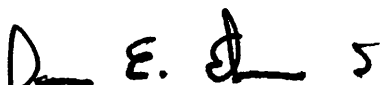
**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado



**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado



**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado