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

**TEMAS: ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR / PRECLUSIÓN / IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / CARGA PROBATORIA DEL SOLICITANTE / DEMOSTRAR PLENAMENTE LA CAUSAL INVOCADA.**

… el eje central de la misma, en su esencia, gira en torno a la procedencia y acreditación de la causal de preclusión deprecada por la Fiscalía, o sea la de la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P.

… la Fiscalía sustentó su discrepancia con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel con base en la tesis consistente en que como consecuencia del tiempo transcurrido a partir de la supuesta ocurrencia de los hechos, ya no era necesario agotar aún más el programa metodológico, en atención a que del contenido de los medios de conocimiento habidos en la actuación se demostraba que no era posible el poder acreditar que en verdad los hechos hayan acaecidos, o la posible responsabilidad del indiciado en su comisión…

… una de las cargas procesales que asume quien depreca una causal de preclusión es la demostrar plenamente su ocurrencia, lo que es una lógica consecuencia de la «fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada…»

En tal sentido la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Cuando se trata de la causal 6ª -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.”

… al efectuar un análisis de la carpeta con la cual la Fiscalía soportó la petición de preclusión, observa la Sala que en momento alguno el Ente Acusador adelantó una exhaustiva o profunda indagación con la cual pudo acreditar, de manera indubitable, la causal de preclusión de depreca…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2.022)

Acta Nro. 006

Hora: 8:00 a.m.

Indiciado: DAMT

Delito: Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir

Rad. # 661706000091201500819-01

Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas.

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de auto interlocutorio que no accedió a una petición de preclusión.

Temas: Requisitos para la procedencia y acreditación de la causal de preclusión deprecada

Decisión: Confirma el proveído opugnado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la Fiscalía en contra de la providencia interlocutoria proferida el 16 de junio del 2.021 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual el Juzgado *A quo* no accedió a una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía en el devenir de la indagación adelantada en contra del ciudadano DAMT, por incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura fueron denunciados el 18 de junio del 2.015 por parte de la Sra. LMTG, quien sindicó al ciudadano DAMT de haberla accedido carnalmente, en varias oportunidades, en contra de su voluntad, a partir del 20 de diciembre de 2.014 en el interior de un inmueble ubicado en el barrio *“Los Cámbulos”* del municipio de Dosquebradas.

Del contenido de la denuncia instaurada por la Sra. LMTG se tiene que tanto ella como el denunciado DAMT son sordomudos, o sea que padecen de una discapacidad auditiva, y que para la época de la ocurrencia de los hechos ambos trabajaban en el supermercado *“Mercamas”*, ubicado en el municipio de Dosquebradas. Igualmente, de lo denunciado por la Sra. LMT, se extrae que en el desarrollo de la relación laboral que sostenía con DAM, dicho fulano la acosaba sexualmente al hacerle propuestas e invitaciones amorosas, las cuales siempre fueron rechazadas por Ella, principalmente porque tanto Ella como el Sr. MT tenían sus respectivos cónyuges. Pero que en una ocasión, o sea en horas de la tarde del 20 de diciembre de 2.014, el Sr. DAMT la invitó a su casa ubicada en el barrio *“Los Cámbulos”*, y que estando en ese sitio dicho sujeto le brindó un jugo, y después de consumirlo le causó como efectos el consistente en que Ella quedara mareada y en un estado de semiinconsciencia, oportunidad está que aprovechó MT para manosearla, besuquearla y llevarla hacia el interior de una habitación, en donde, pese a su resistencia, le desgarró las vestiduras para luego accederla carnalmente vía vaginal, y no conforme con lo que le hizo, después de untarse algo en el asta viril, procedió a sodomizarla.

Posteriormente, el sábado 11 de enero de 2.015, después de finalizar la jornada laboral, Ella ingirió un refresco el cual la dejó mareada cuando ingresó al vestier para cambiarse, y ahí fue cuando se apareció DAMT, quien, en contra de su voluntad, se la llevó hacia unos matorrales, en donde nuevamente volvió a accederla carnalmente.

Finalmente, adujo la quejosa que DAMT ha abusado sexualmente de Ella como en unas siete ocasiones diferentes, pero que guardó silencio de lo acontecido porque dicho sujeto la amenazó de muerte, sumado a que, a modo de compensación, él se comprometió en pagarle una suma de dinero, pero que ha incumplido con lo prometido.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La Fiscalía, una vez que practicó las pesquisas del caso, en las calendas del cinco de diciembre de 2.012 radicó la solicitud de preclusión, cuyo conocimiento por reparto le fue asignado al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas.
2. Después de múltiples aplazamientos, la audiencia de preclusión se celebró el 28 de mayo de 2.021, vista pública en la cual la Fiscalía deprecó la preclusión de la indagación acorde con la causal consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P. relacionada con *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
3. Luego de escuchar a las demás partes e intervinientes, el Juzgado de primer en vista pública celebrada el 16 de junio de 2.021, resolvió no acceder a la petición de preclusión, lo cual a su vez suscitó para que en contra de dicha decisión la Fiscalía procediera a interponer y sustentar un recurso de alzada.

**LA PROVIDENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la providencia interlocutoria proferida por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el 16 de junio del 2.021, mediante la cual se despachó manera desfavorable una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, la que se soportó en la causal de la inexistencia del hecho consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P. relacionada con *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

Los argumentos esgrimidos por parte del Juzgado *A quo* para no acceder a la petición de preclusión, se fundamentaron en aducir que era necesario que se agotara correctamente el programa metodológico porque en la indagación existían unos inmensos vacíos que eran necesarios ser esclarecidos, entre los cuales descollaba: a) La entrevista del Sr. ORLANDO CAÑAS, de quien se dice que en su calidad de jefe del supermercado “*Mercamás”* sabía o tenía conocimiento de los acosos a los que supuestamente la víctima venía siendo sometida por parte del indiciado; b) Se debía verificar cuál es la capacidad cognitiva de la víctima, e igualmente establecer sí en efecto ella estaba o no en capacidad de poder expresarse por escrito; c) Era necesario que se intentara oír al denunciado DAMT en diligencia de interrogatorio de indiciado.

De igual manera, el Juzgado de primer nivel adujo que no podían ser de recibo los argumentos esgrimidos por la Fiscalía relacionados con la falta de colaboración de la víctima, porque la Sra. LMTG acudió al Juzgado las veces en las que fue citada para que compareciera a las audiencias del caso.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, la Fiscalía adujo que como consecuencia del tiempo transcurrido y sumado a la falta de colaboración de la víctima, a la hora de ahora el Ente Acusador carecía de suficientes *E.M.P.* con los cuales pudiera ser posible el poder desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado.

De igual manera, el Fiscal recurrente expuso que lo único con que se contaba era con la entrevista de la víctima, la cual se tornaba en poco creíble, ya que era inverosímil el creer que luego de que fue accedida carnalmente de la forma que dijo como sucedieron los hechos, haya decidido comparecer en seis ocasiones más a la residencia del indiciado para sostener con él ayuntamientos carnales. Lo que en sentir del apelante era demostrativo de que se estaba en presencia de unas consensuadas relaciones carnales.

Acorde con lo anterior, el recurrente deprecó por la revocatoria del proveído opugnado, y que en consecuencia se precluyera la actuación procesal.

**LAS RÉPLICAS:**

Al intervenir como no recurrentes, el apoderada de las víctimas, la Defensa y la representante del Ministerio Público expresaron los siguientes argumentos:

**- El apoderado de las víctimas:** Deprecó porque el proveído confutado sea confirmado, porque en efecto aun existían muchos aspectos confusos que ameritaban ser esclarecidos en el devenir del programa metodológico.

**- El representante del Ministerio Público:** Solicitó la revocatoria del auto confutado, porque con la versión de la agraviada, la cual no era creíble, era imposible el esclarecimiento de los hechos.

**- La Defensa:** Expusoque se debía revocar el proveído opugnado porque la Fiscalía no contaba con suficientes *“E.M.P.”* que permitieran desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al indiciado, por cuanto de las evidencias recaudadas durante la indagación, lo único que manaban eran serias dudas que aquejaban la credibilidad del relato de la víctima.

**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 en contra de un auto interlocutorio proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

Del contenido de la tesis de la inconformidad expresada por el recurrente y por lo dicho por los no apelantes, se desprende como problema jurídico el siguiente:

¿Se cumplían con todos los presupuestos probatorios necesarios para que acorde con la causal de preclusión del # 6 del artículo 332 C.P.P. relacionada con *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*, pudiera ser precluida la indagación adelantada en contra del indiciado DAMT, quien fue denunciado de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir?

**- Solución:**

Al efectuar un análisis del contenido de la controversia surgida en el presente asunto, observa la Sala que el eje central de la misma, en su esencia, gira en torno a la procedencia y acreditación de la causal de preclusión deprecada por la Fiscalía, o sea la de *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia* consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P.

Así tenemos que la Fiscalía sustentó su discrepancia con lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel con base en la tesis consistente en que como consecuencia del tiempo transcurrido a partir de la supuesta ocurrencia de los hechos, ya no era necesario agotar aún más el programa metodológico, en atención a que del contenido de los medios de conocimiento habidos en la actuación se demostraba que no era posible el poder acreditar que en verdad los hechos hayan acaecidos, o la posible responsabilidad del indiciado en su comisión, por lo que estaba acreditada la causal de preclusión deprecada.

Frente a la inconformidad expresada por el recurrente en contra de lo resuelto y decidido por parte del Juzgado de primer nivel, desde ya Sala anunciaría que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, porque, como de manera atinada lo adujo el Juzgado *A quo,* la petición de preclusión deprecada se tornaba en inviable en atención a que la misma no se encontraba debidamente acreditada con los medios de conocimientos recaudados en el devenir de la indagación.

Decimos lo anterior por cuanto una de las cargas procesales que asume quien depreca una causal de preclusión es la demostrar plenamente su ocurrencia, lo que es una lógica consecuencia de la *«fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo…**»*[[1]](#footnote-1).

Y en tal sentido, en lo que atañe con la causal de preclusión de *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia* consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P. para su procedencia se torna necesario que por parte de la Fiscalía, en el devenir de la indagación, haya adelantado una profunda y exhaustiva investigación, en la cual, con los medios de conocimientos recaudados, se hayan agotado todas las hipótesis que imposibiliten el poder formular una imputación en contra del indiciado, y por ende al no cumplirse con los requisitos exigidos por el artículo 287 C.P.P. para poder imputarle cargos a un ciudadano, acorde con la aludida causal de preclusión, debe primar en su favor la presunción de la inocencia.

En tal sentido la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Cuando se trata de la causal 6ª -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal. Significa lo anterior que, en etapa de indagación, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar.

Si, evaluada la indagación, no se logra el grado demostrativo forzoso para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por el 6° motivo, dado que es constitucionalmente inadmisible mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para imputar o para precluir por una causal diversa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia…”[[2]](#footnote-2).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, al efectuar un análisis de la carpeta con la cual la Fiscalía soportó la petición de preclusión, observa la Sala que en momento alguno el Ente Acusador adelantó una exhaustiva o profunda indagación con la cual pudo acreditar, de manera indubitable, la causal de preclusión de depreca, y más por el contrario lo único que hizo la Fiscalía fue irse por la vía más fácil al solicitar la preclusión de la indagación escudándose en los argumentos relacionados con el devenir del tiempo y la supuesta falta de colaboración de la víctima, sin siquiera haberse dignado en evacuar una serie de diligencias obvias, con las cuales se podía verificar o refutar todo lo declarado por la agraviada, entre las cuales, a modo de ejemplo, descollaban:

* La entrevista del Sr. DELFÍN ENRIQUE NIÑO PEDROZA, de quien se dice que era cónyuge de la agraviada, y que por motivos aun no esclarecidos se enteró de lo que le había sucedido a la ofendida con el ahora indiciado DAMT.
* El verificar con la gerencia de los supermercados *“Mercamas”*, sí en efecto la quejosa y el indiciado laboraron con esa sociedad, y de ser ello afirmativo, que se establezca en qué período y cuáles eran sus funciones.
* El intentar escuchar, con el acompañamiento de un intérprete y de un Letrado, en interrogatorio de indiciado al ciudadano DAMT, a fin de que sí lo considera pertinente y necesario, ofrezca su versión de los hechos que la denunciante ha endilgado en su contra.
* El verificar sí en efecto el Sr. ORLANDO CAÑO laboró con los supermercados *“Mercamas”*, para proceder a entrevistarlo, porque acorde con lo dicho por la agraviada, dicho ciudadano es un posible testigo de los supuestos acosos sexuales a los que Ella venía siendo sometida por parte del Sr. DAMT.

Como se podrá colegir, la Fiscalía en momento alguno ha agotado una seria y profunda indagación que con suficiencia le permita esclarecer sí en verdad ocurrieron o no los hechos denunciados por la Sra. MARINA TORRES GALEANO, o sí en efecto el ahora indiciado DAMT tuvo algo que ver en la comisión de los mismos, porque lo único que ha hecho el Ente Acusador ha sido escudarse en su propia incuria para deprecar una causal de preclusión que en momento alguno se encuentra acreditada en la actuación.

En suma, para la Sala la Fiscalía no logró acreditar la causal de preclusión depredada, y por ende todo lo hasta ahora dicho es suficiente para que la Colegiatura concluya que no le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra del proveído confutado, y en tal sentido se procederá a confirmar el auto interlocutorio opugnado.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020[[3]](#footnote-3).

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia interlocutoria proferida por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el 16 de junio del 2.021, mediante la cual se despachó manera desfavorable una petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, la que se soportó en la causal de la inexistencia del hecho consagrada en el # 6º del artículo 332 C.P.P. relacionada con *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

**SEGUNDO: DISPONER** como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencian se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del 10 de agosto de 2016. AP5151-2016. Rad. # 48204. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Providencia del 18 de junio de 2.019. AP2431-2019. Rad. # 50082. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-2)
3. En tal sentido se puede consultar la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, así como lo resuelto por la C.S.J. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas #1, en la Sentencia del 24 de agosto 2021. STP10780-2021. Rad. # 118709, en las cuales se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-3)