



Radicado: 05001 60 00206 2020 10930
Procesados: Anderson Zuluaga Marulanda y otro
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas
de fuego, accesorios, partes o municiones y otro
Asunto: Solicitud preclusión
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta N°: 085

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

**Medellín, veinticinco de julio de dos mil
veintidós.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 55 Seccional y por los apoderados judiciales de los procesados **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**, en contra de la decisión proferida por el Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, quien negó la solicitud de preclusión de la investigación impetrada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y respaldada por los

representantes de la Defensa, en la actuación que se adelanta por la presunta comisión de los delitos Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

ANTECEDENTES:

Los hechos génesis del presente proceso, sucedieron, según lo narrado en escrito de acusación, en los siguientes términos:

El día 23 de julio de 2020, aproximadamente a las 17:50 horas, patrulleros de la Policía Nacional se encontraban realizando labores de vigilancia en el barrio Enciso de la ciudad de Medellín. Cuando se encontraban en la carrera 27 con calle 59, observaron a un grupo de personas en la vía pública, las cuales, al percatarse de la presencia de los agentes de policía, emprendieron la huida.

En la persecución, los patrulleros observaron que un primer sujeto arrojó un elemento al suelo, y al verificarlo se trataba de un arma de fuego, tipo revólver, calibre 32. Esta persona es interceptada a los pocos metros y se identifica como ***Anderson Zuluaga Marulanda***.

Así mismo, los agentes del orden observaron a un segundo ciudadano que de igual manera en la huida arrojó al piso un elemento, el cual, al ser examinado por los gendarmes, constataron que se trataba de una bolsa plástica color blanco, la cual en su interior contenía 249 papeletas con una sustancia pulverulenta con características propias de la cocaína. Esta

segunda persona fue igualmente abordada por los patrulleros, logrando ser identificado como **Duvan Alexis Graciano Manco**.

Los ciudadanos aprehendidos fueron dejados a disposición de la autoridad competente.

El 24 de julio de 2020, ante el Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas, diligencias en las que además de legalizar el procedimiento de captura llevado a cabo, el delegado de la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a **Anderson Zuluaga Marulanda** por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, y a **Duvan Alexis Graciano Manco** por la conducta delictiva de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el inciso 2º del artículo 376 del mismo compendio normativo, cargos que no fueron aceptados por los imputados.

El Fiscal delegado declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, razón por la cual se ordenó la libertad inmediata de los encartados.

Una vez radicado el escrito de acusación por la Fiscalía 55 Seccional, el asunto fue asignado al Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, quien dio el trámite de rigor.

El 19 de agosto de 2021, una vez instalada la audiencia que tenía como propósito hacer efectiva la formulación de acusación, el Fiscal 55 Seccional anunció que variaría su pretensión

y solicitaría la preclusión de la investigación seguida en contra de los señores **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**, postulación que fue coadyuvada por los defensores.

El 7 de octubre de la pasada anualidad, se reanudó la diligencia y en esa oportunidad el Juez de instancia despachó desfavorablemente la solicitud presentada, decisión que fue objeto de interposición del recurso de alzada por el representante del ente acusador y por los defensores de los procesados.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El Fiscal 55 Seccional solicita la preclusión de la investigación, conforme a la causal prevista en el numeral 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, *“por inexistencia del hecho investigado”*.

Con el fin de sustentar su pretensión, el delegado Fiscal, inicialmente, reiteró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que, según el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, se llevó a cabo el procedimiento de captura de los dos investigados. Así mismo, pone de presente que el defensor de **Anderson Zuluaga Marulanda**, le dio traslado de un informe de resultados de unas labores investigativas efectuadas por el investigador de la defensa, pesquisas a través de las cuales logró recolectar unas entrevistas de ciudadanos que observaron la manera como se realizó la aprehensión del señor **Zuluaga Marulanda**, videos de cámaras de seguridad y unos audios de la plataforma 1, 2, 3, contentivos de las comunicaciones que tuvieron los agentes del orden que realizaron la captura, entre las 16 y las 19

horas del día 23 de julio el año 2020, adscritos a la Estación de Policía del barrio Villahermosa de Medellín.

A continuación, en aras de contrastar lo consignado en el informe de policía y vigilancia en casos de captura en flagrancia, con la realidad extraída de los audios de los miembros de la fuerza pública para esa fecha, el Fiscal 55 Seccional presenta unos extractos de las comunicaciones que sostuvieron los policiales antes, durante y después de la aprehensión de los procesados **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**.

Sostiene que según se desprende de los audios suministrados por la plataforma 1, 2, 3, la realidad de los hechos no se corresponde con lo plasmado en el informe de captura en flagrancia.

Argumenta que de acuerdo con los registros de audio, la patrullera Jenny Alejandra Hernández -quien suscribe el referido informe, en calidad de captora-, a las 16:49 horas, se encontraba en el sector de la Escuela Normal Superior de Varones del barrio Villahermosa, ubicada en la carrera 34 número 65-02, y en ese momento anunció haber encontrado un arma de fuego en una bolsa, sitio que está muy distante del que se registra como lugar de los hechos, carrera 27 con calle 59 del barrio Enciso, aproximadamente 2.2 kms.

Pone de presente el Fiscal que según los dichos de la oficial de policía en el audio, ella junto con su compañero Yeiner Carranza Rosado, llegaron hasta el sitio en la patrulla motorizada y vieron un grupo de personas que, al verlos, emprendieron la huida, y un hombre de chaqueta negra lanzó al piso un elemento que tenía

en la mano; ella se devolvió por el elemento, pudiendo observar en ese instante que se trataba de un arma de fuego, mientras Carranza Rosado salió en persecución de los sujetos, desconociéndose su ubicación y permaneciendo incomunicado por espacio de 11 minutos.

Destaca que de lo anterior se desprende que la incautación del arma de fuego se efectuó en un sitio muy distante al indicado en el informe y en una hora diferente; así mismo que la patrullera Jenny Alejandra Hernández permaneció en el mismo sitio y por tanto no participó de la persecución ni del procedimiento de captura.

A continuación, expone el representante del ente acusador que, según el registro de audio, a las 16:54 horas, un agente de la policía sin identificar y que no corresponde a Yeiner Carranza Rosado, informó a sus compañeros que habían capturado a un primer sospechoso, **Anderson Zuluaga Marulanda**, precisamente en el barrio Villahermosa. De esta manera, aduce el Fiscal, es claro que dicho procesado no fue aprehendido de la manera como se indica en el informe oficial, como tampoco a la hora y en el lugar allí indicados, y menos aún por el agente de policía que se indicó por parte de esa institución.

Posteriormente, de acuerdo con el registro de audio en comento, menciona que otros agentes sin identificar, aproximadamente a las 17:01 horas, anunciaron que capturaron a otro sospechoso **-Duvan Alexis Graciano Manco-**, sin que en momento alguno se indique la razón de la aprehensión de dicho ciudadano, siendo a la postre trasladado a la estación de policía del barrio Villahermosa.

Finalmente, respecto de los audios de las comunicaciones, indica el Fiscal que aproximadamente a las 18:08 horas, quien se identifica como capitán de la referida estación de policía, adujo luego de registrar a uno de los sospechosos capturados en ese procedimiento, se le encontró una “bomba”, con unas 200 o 300 “fichas” de base de cocaína, motivo por el cual finalmente le fue atribuido el injusto contra la salud pública; no obstante, remarca el Fiscal que tal forma de hallazgo tampoco tiene correspondencia con el informe de la captura.

De otro lado, pone de presente que en las labores investigativas adelantadas por la defensa de **Zuluaga Marulanda**, también se recolectaron unas entrevistas y videos de cámaras de seguridad del sector del barrio Villahermosa donde realmente fue capturado dicho ciudadano, elementos de convicción que, afirma, corroboran las discrepancias y errores del informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, pues dan cuenta de hechos diversos a los allí plasmados y, en su lugar, revelan las circunstancias que realmente acaecieron en la aprehensión de los aquí procesados.

Con base en lo expuesto, el Fiscal 55 Seccional reitera que son claras y protuberantes las discrepancias e inexactitudes que se evidencian en el informe de policía y vigilancia, comparado con los elementos materiales probatorios recolectados por el apoderado de la defensa, todo lo cual permite inferir que los agentes del orden realizaron un procedimiento irregular y que los hechos y conductas ilícitas atribuidas a los aquí procesados, realmente no tuvieron lugar.

Por lo anterior, solicita se decrete la preclusión de la investigación seguida en contra de los señores **Anderson Zuluaga**

Marulanda y Duvan Alexis Graciano Manco, al configurarse la causal tercera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la inexistencia del hecho investigado.

Frente a dicha petición, los profesionales del derecho que representan los intereses de los imputados, manifestaron que coadyuvan la solicitud del representante del ente acusador.

PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juez *A quo* despachó desfavorablemente la preclusión solicitada. Para el efecto, en primer lugar, realiza un análisis de la causal preclusiva enarbolada por el Fiscal delegado, la inexistencia del hecho investigado, precisando que conforme al ordenamiento jurídico y al desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia, el hecho será inexistente para el derecho penal cuando no tuvo ocurrencia en la realidad, es decir, como un hecho que no existió desde el punto de vista fenomenológico, así el problema en relación con el hecho de que sí existió pero que no tiene relevancia jurídica para el derecho penal, es asunto que escapa al contexto mismo de la inexistencia de hecho, provocando valoraciones jurídico-penales que deben resolverse en el marco del principio de tipicidad efectiva.

Con base en lo anterior, indica que si bien es cierto que la defensa realizó unos actos de investigación obteniendo audios, videos de cámaras de seguridad y entrevistas, tanto de personas que al parecer presenciaron los hechos como también de los presuntos implicados, sostiene que con esos actos de investigación no se puede afirmar lo que exige una causal de preclusión para decretarla con fuerza de cosa juzgada, que ponga

fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada. No encuentra demostrado, de manera cierta, esto es, con posibilidad de verificación que en este caso el hecho no haya existido, que las circunstancias puestas de presente por parte de los patrulleros en el informe de policía no hayan ocurrido, para que se pueda pregonar la inexistencia del hecho investigado como causal de preclusión.

En tal medida, asegura que es apresurado adoptar una decisión de preclusión de la investigación, ya que, por la coyuntura probatoria, no se refleja que de manera clara e inequívoca se configure la causal invocada por la Fiscalía.

Argumenta que cuando se presenta este tipo de dudas, para poner fin al asunto, no se habilita al juez de conocimiento para resolverlas mediante la preclusión, sino que debe acudir al desarrollo de un juicio público y contradictorio, pues allí es donde se efectiviza el derecho de defensa, de contradicción y confrontación, pues en caso de las lagunas que se puedan presentar en el caso y, por la falta de elementos que de manera clara e inequívoca corroboren los dichos de la Fiscalía, sería prematuro en el presente asunto precluir la investigación.

Por tal motivo, rechaza la solicitud de preclusión de la investigación elevada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en favor de los señores **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**.

IMPUGNACIÓN:

Inconformes con la decisión, tanto el Fiscal 55 Seccional como los apoderados judiciales de los procesados,

interpusieron y sustentaron recurso de apelación, en el que solicitan la revocatoria de la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se decrete la preclusión de la investigación.

Argumenta que contrario a lo manifestado por el *A quo*, los elementos materiales probatorios de los cuales se dio traslado al funcionario fallador, exponen con suma claridad las falencias e irregularidades que se presentaron en el procedimiento adelantado en este caso por los patrulleros de la Policía Nacional.

Manifiesta que tales discrepancias e incoherencias efectivamente corresponden a la manera como fueron aprehendidos los ciudadanos **Zuluaga Marulanda** y **Graciano Manco**, la hora y lugar de las capturas, quiénes intervinieron en tales procedimientos y la manera como “aparecieron” los elementos incautados -el arma de fuego y la sustancia estupefaciente- y cuya tenencia se atribuye a los encartados, circunstancias que no guardan correspondencia entre el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia y los elementos de convicción allegados a la actuación.

Insiste en que estos últimos dan cuenta de unas circunstancias de tiempo, modo y lugar diferentes a las informadas por los uniformados de la Policía Nacional, demostrando un indebido e irregular proceder de los captores.

Por ello, solicita se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se acceda a la preclusión de la investigación.

De otro lado, el defensor de **Anderson Zuluaga Marulanda** remarcó que los medios de convicción que sustentan la

solicitud de preclusión, evidencian lo inverosímil e incoherentes que resultan las circunstancias de tiempo, modo y lugar puestas de presente en el informe policial.

Hace un recuento de los elementos materiales probatorios traídos a colación por el Fiscal, y con base en los mismos es reiterativo al afirmar que los hechos que de allí se desprenden, no concuerdan ni coinciden con el momento, lugar de captura y el contexto en que según los agentes de policía, se dieron las aprehensiones de su defendido y el coimputado.

De esta manera, manifiesta que coadyuva la petición del Fiscal toda vez que los elementos materiales probatorios recolectados por la Defensa demuestran que las situaciones concretas, modales y fácticas que se plasman en el informe difieren de las realmente acontecidas, lo que evidencia un actuar irregular de los agentes captores.

Finalmente, el apoderado judicial de **Duvan Alexis Graciano Manco** pide igualmente que se revoque la decisión del *A quo* y en su lugar se decrete la preclusión de la investigación, conforme al artículo 332 numeral 3 del Estatuto adjetivo penal, esto es, inexistencia del hecho investigado.

Sostiene que es errada la conclusión a la que arriba el Juez Veinticuatro Penal del Circuito, en el sentido de que los elementos de prueba aportados por la defensa y presentados en el representante del ente acusador, no son suficientes para decretar la preclusión de la investigación, con efecto de cosa juzgada.

Remarca que los elementos materiales probatorios que sustentan la solicitud preclusiva, se recolectaron de manera legal, no han sido tachados de falsos, e incluso el representante del ente acusador les dio plena credibilidad y, en tal medida, no está de acuerdo con la manifestación del *A quo*, según el cual el Fiscal debe seguir con la investigación y llevar la actuación hasta el juicio oral, y que allí, a través del debate probatorio, se establezca lo que en su opinión ya está demostrado, es decir, la inexistencia del hecho investigado.

Aduce que si bien en principio le asiste razón al Juez en el sentido de que en el juicio es donde se practica la prueba, con inmediación y contradicción, y luego de ello el fallador está en capacidad de tomar una decisión, asevera que esas reglas no aplican para la preclusión. Manifiesta que en eventos como el que aquí nos concita, la decisión se adopta con base en elementos materiales con vocación de prueba recolectados por las partes y, en este caso, los medios de convicción que sustentan la solicitud de preclusión, son legales y tienen plena credibilidad, y a través de éstos se desacreditan totalmente las circunstancias fácticas que se consignaron en el informe de captura.

De esta manera, insiste en que los hechos descritos en el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia no son ciertos y, por ende, afirma que no se hace necesario acudir a otras etapas procesales, pues en el evento de extender la actuación hasta el juicio oral, se obtendría el mismo resultado, esto es, que efectivamente los hechos atribuidos a **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**, y por los cuales fueron capturados, no son ciertos.

Por ende, pide se revoque la decisión emitida por el Juzgado de primera instancia y se decrete la preclusión la investigación, conforme con lo normado en el numeral 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES:

Es competente esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de las impugnaciones contra los autos que en primera instancia profieran los Jueces de Circuito.

Entrando en materia, debe decirse que el tema de la preclusión de la investigación se encuentra regulado en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, siendo su demanda generalmente una potestad de la Fiscalía General de la Nación, quien puede solicitarla en cualquier etapa de la actuación –indagación, investigación y juzgamiento- si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de alguna de las siguientes causales:

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; y*
7. *Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código”¹.*

¹ Artículo 332. Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en el caso concreto, recuérdese que una vez instalada la audiencia que tenía como propósito hacer efectiva la formulación de acusación, el Fiscal 55 Seccional anunció que variaría su pretensión y solicitaría la preclusión de la investigación seguida en contra de los señores **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**, ello con base en la causal descrita en el numeral 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, manifestación que fue coadyuvada por los representantes de la defensa.

Para sustentar la causal de preclusión puesta de presente, los aquí impugnantes argumentan que de las pesquisas efectuadas por uno de los defensores, se obtuvo una serie de elementos materiales probatorios que dan cuenta de que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se exponen en el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, adolecen de protuberantes imprecisiones y contradicciones, así como de posibles irregularidades y anomalías en los procedimientos de captura de los señores **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**.

Lo primero que debe señalarse, es que en punto de la causal 3ª de preclusión prevista en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, la constatación que se debe llevar a cabo, ha de consistir en que sí se produjo algún acontecimiento en el mundo fenomenológico, es decir, el examen que en este evento debe realizarse es eminentemente fáctico y no jurídico.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sus pronunciamientos respecto de esta casual de preclusión ha señalado lo que debe entenderse por “*inexistencia del*

hecho investigado”, por lo que debe verificarse si la realidad se alteró, si el hecho existió o si sucedió como fenómeno natural. En tal sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación de esta manera:

“El hecho a que se refiere la disposición debe entenderse con el alcance de una cosa que sucede como fenómeno natural.

Esto, para que tengan cabida y sean de aplicación todas las casuales regladas en el artículo 332. Por tanto, no resulta de buen recibo la inteligencia laxa que el señor defensor pretende darle al concepto para concluir que el “hecho” a que se refiere la disposición debe entenderse como “hecho típico” o “hecho delictivo” o “hecho ilícito” o “hecho prevaricador” (en este caso).

Admitir la tesis defensiva comportaría la inaplicabilidad del motivo 4º de preclusión, que alude a la atipicidad de la conducta, porque este concepto equivaldría al “hecho típico” o al “hecho prevaricador” señalado por el señor apoderado, en tanto para concluir si existió o no un hecho con tales connotaciones, necesariamente se impondría al juez la carga de razonar, previa valoración anticipada de las pruebas, si lo acaecido en el mundo fenomenológico encuadra en el tipo penal de prevaricato, esto es, tendría que hacer el juicio de adecuación típica, de tipicidad, y ello es propio de la causal 4ª, que no de la 3ª, única (junto con la 1ª) que puede proponerse en sede del juicio y que correspondía probar en este caso.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado respecto de cuál es el alcance que debe darse a la expresión “inexistencia del hecho”. En auto del 18 de junio de 2010 (CSJ SP, rad. 33.642), dijo:

«En consecuencia, se tiene establecido que ante el fallador de primer grado, expresamente anunció el solicitante que recurría a la causal tercera del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que remite a la “inexistencia del hecho investigado”.

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 excluya responsabilidad, el numeral remite a que fenoméricamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos.

Entonces, para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras, que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho.

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 los que objetivamente la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva.

En el delito de prevaricato ocurre que a la par con la acción básica –proferir resolución, dictamen o concepto- se alza el elemento normativo de que ese actuar sea “manifiestamente contrario a la ley”, lo que implica una valoración eminentemente subjetiva acerca del contenido y alcances de la acción.

Cuando lo pretendido es que se precluya porque la resolución, dictamen o concepto no son manifiestamente contrarios a la ley, el mecanismo no puede ser el de la causal tercera del artículo 332 en cita, por lo ya anotado, sino el de la atipicidad, contemplado en el numeral 4º, precisamente, porque se demuestra que no se configura ese elemento normativo del tipo penal.

Ello indica evidente que el solicitante erró de manera profunda cuando significó avenirse con la causal tercera, su solicitud de preclusión”.

(...)

Los lineamientos reseñados, esto es, que en el juzgamiento se puede invocar la preclusión únicamente por las causales 1ª y 3ª del artículo 332 procesal, cuando se estructuran por hechos que sobrevengan a la acusación, surgen del entendimiento de que en las fases previas es viable declarar el instituto por cualquiera de los motivos reglados, pero en el juicio solamente puede hacerse por causales que no exigen valoración alguna, cuya constatación es simplemente objetiva.

Ello sucede con la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, la retractación, supuestos en los cuales, una vez verificados, exigen la preclusión por vía de la causal 1ª, por cuanto en tales casos es imposible iniciar la acción penal, o continuarla. Lo propio ha de hacerse ante la inexistencia del hecho (causal 3ª).

La situación difiere **cuando se está ante motivos que pueden denominarse subjetivos**, en cuanto exigen del juez la valoración de las pruebas para desentrañar su estructuración. **Mal puede el juzgador hacer tal ejercicio de estimación probatoria en estos eventos**, como que el mismo es la razón de ser del juicio, del debate oral, **luego en tales supuestos ha de agotarse el procedimiento para que el asunto sea resuelto en la sentencia**.². (Subraya fuera de texto)

Y más recientemente, la Alta Corporación precisó:

“La literalidad de la norma no se presta a equívocos, **porque la inexistencia del hecho no puede tener un entendimiento diferente al sentido fenomenológico**, mientras que la tipicidad, como bien se sabe, no es otra cosa que la adecuación de la conducta a uno de los tipos penales. Esta diferenciación puede hacerse a la luz del entendimiento más básico del derecho penal.

Además, asumir que el legislador quiso decir exactamente lo mismo cuando se refirió a la inexistencia del hecho y a la atipicidad del mismo, no sólo contraviene el sentido natural y obvio de estos conceptos, sino que además va en contravía del principio de interpretación del efecto útil, porque implicaría que la diferenciación que se hizo en los numerales 3 y 4 del artículo 332 no tiene consecuencias o efectos jurídicos.

En términos simples, fue voluntad del legislador que la preclusión en la fase de instrucción sólo proceda frente a fenómenos de constatación objetiva, que, una vez demostrados, no ameritan mayor discusión (inexistencia del hecho investigado e imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal). **Lo demás, debe resolverse en el juicio oral, según los caminos procesales dispuestos en el ordenamiento procesal penal, como bien se anota en las decisiones de esta Corporación, ampliamente ventiladas en el debate surtido en la primera instancia** (CSJ SP 9245, 16 Jul. 2014, Rad. 44043, entre otras).³. (Subraya y negrilla fuera de texto)

En consonancia con la Jurisprudencia especializada, es claro para esta Sala de Decisión que los argumentos expuestos por el Fiscal delegado y por los defensores, no están llamados a prosperar.

² Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. SP9245-2014. Radicación 44.043 del 16 de julio de 2014.

³ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. AP8356-2016. Radicación 48.969 del 30 de noviembre de 2016.

Téngase en cuenta que, tal como lo remarcó el Juez de primer grado, la causal de preclusión enarbolada en este caso por los recurrentes, es de orden estrictamente fáctico, pues se refiere a que el hecho imputado como delito no haya existido en el mundo natural, es decir que no haya tenido existencia ontológica como cuando en el caso de un homicidio aparece viva la supuesta víctima; en otras palabras, la causal referida a la *“inexistencia del hecho investigado”*, tan solo exige la constatación de una situación fáctica más no jurídica, la cual *“se configura cuando, a partir de la evidencia física o elementos probatorios o la información legalmente recogida y aportados al expediente, se obtiene certeza que el suceso material no aconteció; no ha ocurrido.”* (Corte Suprema de Justicia, Auto del 6 de diciembre de 2012, Radicado 37370). Es decir, que de los medios de prueba recaudados se desprenda concretamente que el hecho delictivo investigado no existió.

Pese a ello, obsérvese que en este caso tanto los elementos de convicción aportados a la actuación como los planteamientos efectuados por los recurrentes, se circunscriben a un juicio valorativo respecto de los procedimientos que llevaron a cabo los agentes de la policía que participaron en las capturas de los señores **Zuluaga Marulanda** y **Graciano Manco**, aseveraciones que pretenden desvirtuar la fiabilidad de las labores llevadas a cabo por los uniformados y plasmadas en el informe de vigilancia, y poner de presente posibles irregularidades y contradicciones en las que hayan incurrido los gendarmes, todo lo cual, a la postre, repercutiría en la demostración de la responsabilidad de los encartados.

Atendiendo a lo anterior, encontramos que ninguno de los elementos con vocación de prueba que fueron aportados en este

caso, demuestran con grado de certeza y sin lugar a dudas que las conductas que se atribuyen a los aquí imputados, no ocurrieron.

En tal sentido, es claro para la Sala que de acuerdo con los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida allegada con la solicitud, obran medios de conocimiento que dan cuenta de que efectivamente sí existió un procedimiento de aprehensión, que en el mismo se incautaron unos elementos ilícitos -el arma de fuego y la sustancia estupefaciente-, y que según el informe de vigilancia en casos de captura en flagrancia, tales elementos fueron hallados en poder de **Anderson Zuluaga Marulanda** y **Duvan Alexis Graciano Manco**, respectivamente; discusión diferente es que esos elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, tengan o no la suficiente capacidad suasoria para demostrar más allá de toda duda la responsabilidad de los procesados.

Entonces, no puede decir la Fiscalía -coadyuvada por los defensores- que el hecho no existió simplemente por cuanto de las labores investigativas efectuadas por uno de los defensores, se pongan de presente posibles irregularidades e inconsistencias en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la captura en flagrancia de dichos ciudadanos, pues esa situación por sí sola no tiene la entidad suficiente para hacer desaparecer los hechos fenomenológicos que se consideran como atentatorios de la norma penal.

De ahí que para esta Sala de Decisión, al igual que para el *A quo*, no está llamada a prosperar la solicitud de preclusión por "*Inexistencia del hecho investigado*" elevada por el Fiscal 55

Seccional y por los apoderados judiciales de los procesados ***Anderson Zuluaga Marulanda y Duvan Alexis Graciano Manco.***

Sumado a lo anterior, conviene así mismo remarcar que en el presente evento la solicitud preclusiva enarbolada por el Fiscal delegado, se basó exclusivamente en las labores investigativas que realizó uno de los apoderados, sin que en momento alguno el representante del ente acusador diera a conocer el resultado de sus propias pesquisas y si las mismas apuntaban igualmente o no la misma conclusión de la defensa.

Nótese que en esta actuación la Fiscalía no solo formuló imputación sino que además presentó en su debido momento el escrito de acusación, lo que indefectiblemente lleva a concluir que después de las audiencias preliminares, en cumplimiento de su obligación constitucional y legal, el Fiscal adelantó sus propias labores investigativas que le permitieron superar ese primer grado de conocimiento inferencial y llegar a la probabilidad de verdad, de conformidad con el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, acerca de que las conductas delictivas sí existieron y que los aquí imputados fueron sus autores.

Pese a lo anterior, se reitera, en momento alguno el Fiscal delegado dio a conocer cuáles fueron los resultados de la investigación que necesariamente tuvo que adelantar y en qué medida los mismos apoyaban o no la pretensión preclusiva.

En tal sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación de esta manera:

“Por ello, en el caso específico de la causal prevista en el numeral 3º, se ha dicho que resulta aplicable cuando se constata, por ejemplo,

*que la persona nunca estuvo secuestrada, que el bien mueble sobre el que supuestamente recayó el hurto no fue sustraído, que la destrucción del documento con vocación probatoria no ocurrió, etcétera (CSJ SP 9245, 16 Jul. 2014, Rad. 44043, entre otras); **siempre y cuando ese aspecto en particular no sea objeto de debate, pues de lo contrario el asunto deberá resolverse en el juicio oral, luego de adelantar el debate probatorio** con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico”⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto)*

Como corolario de lo expuesto, en el presente asunto el representante de la Fiscalía General de la Nación y los apoderados judiciales de los aquí procesados, no demostraron la ocurrencia de la causal de preclusión prescrita en el numeral 3 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la cual hace referencia a la inexistencia del hecho investigado, siendo la audiencia de juicio oral el espacio en el cual, una vez aducidas las pruebas, y efectuado el debate correspondiente, se concluya sobre la virtualidad probatoria de los autores del procedimiento, en punto a verificar la real ocurrencia del hecho investigado, por lo que se confirmará la decisión de instancia, a través de la cual se negó la solicitud de preclusión de la investigación seguida en contra de los señores ***Anderson Zuluaga Marulanda y Duvan Alexis Graciano Manco***.

Por las razones expuestas, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala Novena de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de origen, fecha y contenido indicados, a través del cual negó la solicitud preclusión de la investigación elevada en favor de los señores ***Anderson Zuluaga Marulanda y Duvan Alexis Graciano Manco***, por los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios,

⁴ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. AP1618-2017. Radicación 49.708 del 8 de marzo de 2017.

partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devuélvanse las diligencias al Despacho de origen para que previas las anotaciones de rigor, se proceda de conformidad.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

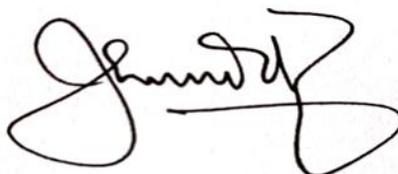
DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado.