

TEMA: PRECLUSIÓN - Es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años /

HECHOS: El 7 de julio de 2023, la Fiscal 61 Local de Bello presentó solicitud de preclusión en favor de Jhohan Albeiro López Tabares, investigado por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, esto por la causal prevista en el numeral 6° del art. 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-. El proceso se encuentra en etapa de indagación.

TESIS: Desde tiempo atrás, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "... En ese sentido, se "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 (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)" Y, cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, ha indicado: "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 (...). Así mismo, en punto a delitos sexuales en los cuales son víctimas menores de edad, ha destacado la Corte Constitucional que el principio de presunción de inocencia cede su poder normativo para ajustarse a las obligaciones de las autoridades a brindar una protección especial al menor, lo cual significa: "...que el principio in dubio pro reo solo opera una vez se ha agotado una investigación particularmente seria y exhaustiva, en la que se hayan decretado y practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para alcanzar la verdad sin lograr disipar la duda, de manera que no puede aplicarse para terminar apresuradamente el proceso, en beneficio del investigado. Esta subregla se desprende directamente del artículo 44 de la Constitución Política, en tanto establece la obligación de proteger el interés superior del menor; el carácter prevalente de sus derechos, y la regla hermenéutica que ordena interpretar y aplicar la ley de la manera que brinde un mayor marco de protección a los derechos del menor (principio pro infans). Aclaró la Corte, empero, que "... ello no implica la prohibición de aplicar el "in dubio pro reo", sino que su ejercicio se condiciona a estándares particularmente exigentes en cuanto a la seriedad y diligencia de la investigación" (...). Bajo ese contexto, y revisados en su totalidad los elementos materiales probatorios aportados por la fiscalía para argumentar la procedencia de la causal 6 del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, se advierte que razón le asistió a la juez en negarla, no porque al implicado no se le haya vinculado formalmente al proceso penal, como lo anotó la a quo, pues es claro que la fiscalía está facultada para invocar tal causal en etapa de indagación, sino porque estando aún en esa fase del proceso y porque los hechos datan del año 2021, bien puede el ente acusador realizar más actos de investigación, que le permitan soportar suficientemente, y en forma definitiva, su actual tesis o, por el contrario, que se haga necesario continuar con la actuación, pues no puede desconocerse que se trata de una presunta víctima menor que tiene una mayor protección constitucional. Y si bien, no le corresponde a esta Sala señalar qué actos o pruebas debe recopilar

el ente acusador, pues ello hace parte de su competencia, basta examinar los elementos aportados para evidenciar que no se han recaudado en su totalidad y que los existentes merecen una mayor atención (...). En esos términos considera la Sala que no existe, hasta el momento, algún elemento de prueba directo que conlleve a precluir la investigación por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, pues como se indicó falta una mayor labor investigativa, y en este tipo de delitos atendiendo a la calidad de la víctima y a los derechos de implicado, resulta necesario ahondar en el asunto, en tanto no se han agotado las posibles líneas de investigación debiendo realizarse el máximo esfuerzo investigativo

MP. GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

FECHA: 31/08/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05001 6000207 2021-01477

Indiciado: JALT

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Aprobado en acta No. 106

Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el fiscal y el defensor contra la decisión proferida el 12 de julio de 2023, por el Juez Segundo Penal del Circuito de Bello, de no decretar la preclusión.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

2.1.- El 7 de julio de 2023, la Fiscal 61 Local de Bello presentó solicitud de preclusión en favor de JALT, investigado por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, esto por la causal prevista en el numeral 6° del art. 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-. El proceso se encuentra en etapa de indagación.

2.2.- La actuación correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, y el 12 de julio de 2023 se realizó la respectiva audiencia, allí las partes e intervinientes argumentaron:

2.2.1. Fiscal.

Indicó que la indagación inició el 27 de agosto de 2021 cuando se creó la noticia criminal debido a la denuncia presentada por la señora AMRA

por un presunto delito de actos sexuales con menor de 14 años, siendo víctima su hija LLR de 6 años para ese momento, sin determinar el presunto agresor, ello por cuanto el 24 de agosto de ese año le fue diagnosticada una enfermedad de transmisión sexual llamada “neisseria gonorrea”, la menor no hizo ninguna revelación al respecto y su cuidado estaba a cargo de varias personas, entre ellos, su padre JALT.

Detalló que desde los inicios de la investigación se realizaron varios actos investigativos a fin de verificar la ocurrencia del hecho y la identidad del agresor, esto es, entrevistas y se analizaron los dictámenes de medicina legal, obteniendo lo siguiente:

- Valoración sexológica del 31 de agosto de 2021, donde se consigna la versión de la mamá, así: *“el domingo en la tarde ella se iba a bañar y me dijo que le dolía la vagina, yo pensé que era una infección urinaria, la bañé, la revisé y tenía un flujo verde, yo llamé a pedir la cita, le había mejorado el dolor pero seguía con el flujo, el martes la llevé por urgencias, la revisaron y le hicieron unos exámenes y me mandaron a llamar y me dijeron que la niña tenía una ETS, me dijeron que era un infección positiva para gonorrea, yo le pregunté a la niña y ella no quiere decir nada, el día anterior que comenzó con el flujo o sea el sábado ella había estado todo el día con el papá”*. En las conclusiones se indica que no presenta lesiones en los genitales externos, tiene un himen de forma anular, íntegro, no elástico, sin desgarros recientes o antiguos; y tono anal normal, pero encontraron allí una lesión o laceración indicativa de trauma repetitivo antiguo.
- Entrevista realizada a la menor LLR del 2 de septiembre de 2021, no hizo revelación alguna de supresunto agresor, e indicó que desde los 3 años le pica mucho la vagina, que no se ha dejado tocar de nadie, y se baña sola; también hizo mención a sus cuidadores, esto es, su mamá, la mamita B, su papá, y los tíos A y L. Igualmente, contó que su mamá y la mamita le aplicaron una crema para la picazón y que sus padres tienen una mala relación.
- Entrevista a la menor LLR del 21 de enero de 2022, en la cual mencionó, entre otras cosas, que cuando tenía 3 o 5 años su papá le untó una crema en la vagina y le metió los dedos, que ocurrió en dos oportunidades en la casa de él y que otras personas también le echaban crema, pero no de esa manera.

Así mismo, dijo que no había dicho nada por miedo a que metieran a su papá a la cárcel. La entrevistadora dejó constancia de que se trata de una revelación incompleta, pues al inicio de la diligencia la menor no tuvo buena disposición y no quería decir que pasó, prefirió copiar en una hoja la palabra papá, y solo habló cuando le preguntaron cuál es la verdad que su madre le mencionó que debía de decir antes de comenzar la entrevista, y si alguien le había dicho lo que debía decir, respondiendo que su mamá le dijo que debía decir la verdad de lo que paso con su padre.

- Entrevista a la menor LLR del 23 de noviembre de 2022, en la cual contó que no iba a donde su papá, que quiere ir donde él pero que no sabe porque no ha vuelto, también que ella está en proceso psicológico, y cuando le preguntan si recibe toques, caricias o abrazos en alguna parte del cuerpo que no le gusten o que la haga sentir, mal dice que no, pero al indagarle sobre lo que le hacía su papá detalla que le tocaba sus partes íntimas amenazándola con que si contaba iba a matar a su mamá y abuelita, que lo hace por encima de la ropa, fueron 10 veces, y desde que tenía 3 años.
- Entrevista AMRA del 14 de septiembre de 2021, dijo que el 22 de agosto de 2021 vio un flujo anormal en los genitales de su hija, por lo que la llevó a la IPS Sura; así mismo, que la niña se bañaba sola y que no vivía con ningún hombre pero sí se relacionaba con varios, con el papá cada 15 días siendo la última el 21 de agosto, esto porque están separados desde el año 2017 y han tenido diversos problemas dirimidos por la Comisariade Familia.
- Entrevista AMRA del 11 de octubre de 2021, quien relacionó que vivía en un apartamento con su hija LLR y su mamá G, como vecinos estaba su tía ME, el esposo AL y su hijo L, igualmente, que la abuela B residía en el último piso; así mismo, que en el año 2021 y aproximadamente por 3 años, a la menor la cuidó S, la esposa de su primo DU, y después lo hizo su mamá. Contó que en una oportunidad la niña le dijo a su madre -G- que si veían a su papá qué hacían y le dijo que no lo podía mirar por lo que estaba pasando, entonces la niña le respondió. “por lo que me hizo” y ella “la entrevistada” se quedó asustada porque la menor le dio a entender que el papá la tocó.

- Entrevista AMRA del 3 de enero de 2022, amplió su declaración señalando que la menor tenía mucho miedo de que la regañaran, pero que cuando escuchó que a LAA le podía pasar algo, le dijo a ella y a su madre -G- que les iba contar lo que había sucedido, y en efecto, les manifestó que su papá le aplicaba crema yodora en la vagina y le metía los dedos, que esto pasaba cuando terminaba de bañarse, así mismo, que cuando se acostaban también la tocaba. Relató que teme por lo que le pueda pasar a L en el barrio pues si los combos se enteran de que fue él lo van a matar, pero la niña dijo que había sido el papá.
- Copia del proceso administrativo de restablecimiento de derechos realizado en la Comisaria Cuarta de Familia de Campo Valdez de Medellín, activándose la atención por informe policivo de infancia y adolescencia que da cuenta del traslado de la menor a atención médica, hallándole la enfermedad de transmisión sexual denominada gonorrea. Se ordenó amonestar a los padres, en tanto, se desconocía el agresor.
- Reporte de atención psicológica de la Fundación Sanar, del cual no se logró extraer información relevante que permitiese establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos.
- Informe historia clínica de atención de la IPS Sura, donde se reseñó "como motivo de ingreso" que el 30 de agosto de 2021 la menor resultó con un positivo de gonorrea; así mismo, se relaciona como resultado negativo los exámenes realizados a JALT frente a dicha enfermedad, de fecha 3 de septiembre de 2021.
- Concepto del Instituto de Medicina Legal del 22 de septiembre de 2022, donde se explica que la enfermedad denominada vaginitis por gonorrea es la forma más común de gonorrea en niñas pre púberes más allá del periodo preo natal, la trasmisión en niños puede ser por contacto sexual, abuso o por contacto no sexual, el periodo de incubación de 2 a 7 días y que encontrado el gonococo que es un microorganismo puede permanecer en paños de lino humedecidos con solución salina entre 5 y 22 horas, en porta objetos hasta 24 horas y en una toalla hasta 17 horas a temperatura ambiente. Así mismo, los síntomas como flujo vaginal de color blanco, amarillo o verdoso pueden presentarse durante una semana o hasta meses.

Se indicó que que si bien es cierto la regla general es que se transmita por un contacto venéreo o sexual, también es factible por un abuso sexual a través de contacto indirecto no venéreo, es decir, que la persona que tuvo contacto con ese menor tenía que tener ese flujo en sus manos o que en el fluido o en otro tipo de superficies estuviesen presentes los microorganismos.

Así mismo, ilustró la médica forense que la mayoría de los pacientes viven en lugares pequeños, abarrotados en 1 o 2 habitaciones y por lo general los miembros de la familia suelen compartir una misma cama, además, no es fácil encontrar agua para bañarse y lavar la ropa, dicha enfermedad es muy sensible a ciertas condiciones ambientales sobrevive a cortos periodos de tiempo, y podría suceder que un niño la contraiga a través del contacto indirecto o no venéreo con un adulto infectado.

Argumentó la fiscal que, de acuerdo a lo anterior, se encuentran dudas insalvables que deben resolverse a favor del procesado, pues la madre de la afectada hace una relación de los diferentes cuidadores de la niña frecuentando múltiples residencias, desde muy temprana edad, incluso antes de los hechos, esto es, para el 15 de agosto de 2021 estuvo de viaje con su mamá en Cartagena, además se afirmó "en informe de medicina legal" que la menor presenta un trauma antiguo y repetitivo en su zona anal, pero ella no menciona nada al respecto. A lo cual se suman los múltiples problemas entre sus progenitores, que fueron dirimidos por comisaria de familia regulando las visitas a su papá cada 15 días.

Aunado a ello, se cuenta con unas presuntas amenazas en contra de L, primo de la madre de la denunciante, pero a quien ella considera como un hermano, y quien fue una de las dos únicas personas que mencionó la menor en la primera entrevista forense en el mes de septiembre del 2021; así mismo, la mamá de la menor mencionó que para el 28 de diciembre del año 2021 la niña se preocupó porque llegó una citación de la comisaria y al parecer estaban incriminando a su primo L y ese mismo día en horas de la tarde les reveló que su agresor era su padre. Al día siguiente -29 de diciembre- la niña tenía cita de atención en Jugar para Sanar, pero no dijo nada al respecto; al contrario, le manifestó a la terapeuta que no tenía secretos, pero sorpresivamente el 21 de enero de 2022 comentó los hechos tal y como los había relatado la madre.

Advirtió que se tienen varias versiones de la menor acerca de los hechos, una en la que no menciona los tocamientos y que sus cuidadores eran L y A; otra ajustada a la narración de la mamá y dirigida a descartar a L como presunto agresor, pues indicó que era su papá quien le introducía los dedos a la vagina cuando le echaba la crema yodora, lo cual ocurrió en dos o tres oportunidades entre los 3 a 5 años; y en la última, cambió el relato diciendo que su padre le había realizado 10 tocamientos por encima de la ropa, sin mencionar los presuntos accesos carnales cuando le untaba la crema. Anotó que una de las entrevistadoras se refirió a la falta de espontaneidad de la menor y a la posible influencia de su madre en la narración de los hechos.

Indicó además que se tienen los resultados de los exámenes realizados a la menor y a su padre, con tres días de diferencia, como positivo y negativo, respectivamente; por ende, sería imposible relacionar al procesado con el contagio de su hija; a lo cual se suma el concepto médico en cuanto a que dicha patología también puede contraerse por vía no sexual, mediante contacto indirecto con adulto infectado, en tanto los microorganismos pueden permanecer en el ambiente.

Reiteró que existen dudas insubsanables ya que pese a haberse desplegado los respectivos actos investigativos, y teniendo presente que en los delitos sexuales los únicos testigos directos son la víctima y el agresor, en este caso no ha sido posible verificar los hechos jurídicamente relevantes, a quién se debe imputar y qué delito, vulnerándose con ello no solo los derechos del procesado sino de la víctima, a quien debería citarse nuevamente a rendir entrevistas hasta que se logre una versión ajustada al suceso, lo que va en contravía del artículo 206 de la Ley 906 de 2004 que dispone que en la fase de indagación la afectada se escuchará preferiblemente una vez, y ya van tres.

Concluyó que la terminación anticipada del proceso es procedente por cuanto no existen argumentos probatorios o jurídicos para avanzar a una fase posterior, presentándose una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, en tanto hay contradicciones en los dichos de la menor, no se puede ligar al probable agresor con el resultado del examen, y hay problemas entre los padres de la niña.

2.2.2. Representante de Víctima.

Se opuso a la pretensión, al considerar que nos es la víctima sino la fiscalía la que tiene la obligación de investigar el hecho y acusar al autor, y en este caso, una menor de 6 años para el momento del suceso hizo unos señalamientos directos hacía su padre y no existe animadversión en sus dichos, pues en la denuncia no se mencionó al agresor y la niña es clara en indicar que quiere al papá, sumado a que no puede desconocerse que ella tenía una enfermedad de transmisión sexual, por ende, tiene derecho a la verdad y con los elementos obrantes en la actuación el ente acusador bien puede hacer lo que le compete.

2.2.3. Defensor.

Manifestó su conformidad con lo argumentado por la fiscalía, pues de acuerdo a los elementos materiales probatorios, tales como, el examen de laboratorio realizado a su prohijado y la historia clínica que evidencia que él no ha padecido tal enfermedad, es claro que no se encuentra inmerso en la conducta endilgada por cuanto no puede ser el agresor; por ende, de continuarse con la actuación se estaría vulnerando el derecho de la menor a tener una familia.

3.- DECISIÓN

La juez de instancia negó la preclusión, al considerar que en este caso el procesado se encuentra en la calidad de indiciado o sospechoso pues no se le ha formulado imputación; por ende, no es posible precluir en su favor cuando ni siquiera ha sido vinculado formalmente al proceso penal, entonces, si la fiscalía tiene inquietudes acerca de su autoría bien puede asumir otra línea de indagación, en tanto no puede desconocer que la menor resultó con una enfermedad de transmisión sexual, por lo que debe investigar lo que pudo haber sucedido y, de acuerdo con ello, será el juez conforme a la valoración probatoria el que defina si existen o no dudas que deban resolverse en favor del procesado.

Reiteró que no procede la preclusión porque en contra de JALT pues no se ha activado la acción penal, por tanto, si el ente acusador cree que no tiene relación con los hechos debido a que el resultado de los exámenes lo excluye como agresor, debe asumir otras posibles hipótesis, sin que resulte procedente invocar la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de una persona que simplemente es sospechosa.

4.- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1. La fiscal indicó que la juez de instancia realizó una interpretación errónea de las normas que regulan el caso e hizo una valoración indebida de los elementos materiales probatorios, esto por cuanto el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 no dice que la preclusión solo procede cuando se ha formulado imputación, además, en este asunto se ha intentado descartar las razones por cuales la menor contrajo una enfermedad de transmisión sexual, pero ella da varias versiones de los hechos sin que tengan relación entre sí, además su papá —señalado como presunto agresor— no padecía tal patología, por lo que no es posible construir una inferencia razonable de participación.

Manifestó que se le han realizado tres entrevistas a la víctima arrojando tres teorías del caso diferentes, siendo lo más factible que la menor no quiso revelar lo que le ocurrió y la fiscalía no puede obligarla, es más, en el dictamen pericial se evidenció una afectación en su zona anal, pero la niña nada mencionó al respecto, además, no tuvo en cuenta la juez que era cuidada por múltiples personas en diferentes residencias, y la enfermedad con el paso del tiempo no suele dejar huellas, por lo que no le resultaba posible visitar cada vivienda a buscar las zonas infectadas.

Entonces, cómo vincular al JALT al proceso si no era portador de tal patología, y por más que se ahonde en el tema el resultado será el mismo, desconociéndose el agresor y el delito cometido, y sin que exista un señalamiento inequívoco o unas circunstancias claras de tiempo, modo y lugar.

Solicitó revocar la decisión y que, en su lugar, se precluya la investigación, por la causal 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

4.2. El defensor explicó que conforme al artículo 250 de la Constitución y la Ley 906 de 2004 la fiscalía tiene la obligación de realizar la investigación penal, a fin de establecer la existencia material de un delito y la responsabilidad del autor, pero si con los elementos con que cuenta, incluso antes de formular imputación, no les posible determinarlo bien puede acudir a la causal 5 del artículo 331 de la Ley 906 de 2004 que alude a la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

En este caso, su prohijado no participó en el hecho y la víctima conserva su derecho a que se investigue lo sucedido, pues mientras no se establezca la

identidad del agresor el delito es imprescriptible, y por ello solicitó decretar la preclusión, en aplicación de la aludida causal.

4.3. La representante de víctimas, como no recurrente, pidió se confirme la decisión, en tanto la fiscalía debe continuar investigando y no dejar impune lo ocurrido; adicionalmente, es en el juicio oral donde el juez valora la prueba, y por ende la versión de la niña y si existe animadversión en sus dichos, teniéndose en cuenta que ella quiere a su padre, y que en la denuncia este no fue señalado como su agresor.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, y comoquiera que el límite del recurso lo impone la parte apelante, se atenderá estrictamente a esa argumentación para dar respuesta a la censura.

Pretende la fiscal que se precluya la investigación que se encuentra en etapa de indagación y es adelantada en contra de JALT por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, al evidenciar la presencia de la causal 6 del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004 *-imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-*.

Por mandato del artículo 250 de la Constitución 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, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia; y en ejercicio de tal atribución puede solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión.

Dicho instituto es un mecanismo de terminación anticipada del proceso y permite que, en cualquier etapa de la actuación "indagación, investigación o juzgamiento" pueda el ente acusador pedir al juez la preclusión, de no existir mérito para acusar y de comprobarse la existencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, siendo imprescindible su plena demostración pues la decisión tiene efecto de cosa juzgada una vez cobre firmeza, y si persisten dudas sobre su comprobación no queda otro camino que el de continuar con el trámite.

En lo tocante, desde tiempo atrás, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“... En ese sentido, se “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 (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)”¹.*

Y, cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, ha indicado:

“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 inadmisibles 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

Así mismo, en punto a delitos sexuales en los cuales son víctimas menores de edad, ha destacado la Corte Constitucional que el principio de presunción de inocencia cede su poder normativo para ajustarse a las obligaciones de las autoridades a brindar una protección especial al menor, lo cual significa:

“...que el principio in dubio pro reo solo opera una vez se ha agotado una investigación particularmente seria y exhaustiva, en la que se hayan decretado y

¹ CSJ SCP, 31 de enero de 2018, Rad. 51049.

² CSJ. Sala Penal. Rad. 50082 de 2019

practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para alcanzar la verdad sin lograr disipar la duda, de manera que no puede aplicarse para terminar apresuradamente el proceso, en beneficio del investigado. Esta subregla se desprende directamente del artículo 44 de la Constitución Política, en tanto establece la obligación de proteger el interés superior del menor; el carácter prevalente de sus derechos, y la regla hermenéutica que ordena interpretar y aplicar la ley de la manera que brinde un mayor marco de protección a los derechos del menor (principio pro infans).

Aclaró la Corte, empero, que

“... ello no implica la prohibición de aplicar el “in dubio pro reo”, sino que su ejercicio se condiciona a estándares particularmente exigentes en cuanto a la seriedad y diligencia de la investigación”³.

Adicionalmente, dicha Corporación indicó que atendiendo a las dificultades probatorias en este tipo de delitos y a la condición de indefensión de la víctima, la carga de la prueba se concentra en el ente acusador, en tanto, *“... no le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado...”⁴*, por lo que estableció un marco de protección al menor basado en:

“...(i) la aplicación de estándares más exigentes en investigaciones sobre hechos punibles que afectan a los niños y las niñas por parte del ente investigador y, de manera general, de las autoridades de la justicia penal. Este estándar (ii) incluye deberes concretos de carácter positivo y negativo, (ii) criterios de valoración de las pruebas y (iii) un elemento normativo trascendental: la aplicación del principio pro infans y el desplazamiento del in dubio pro reo como última posibilidad para adoptar decisiones de fondo”.

En esos términos, es claro que la prosperidad de la causal pende del trabajo investigativo realizado por la Fiscalía General de la Nación, pues deberá probar que hizo una investigación profunda y que, pese a ello, no le fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad, autoría y responsabilidad del implicado, prevaleciendo el principio *in dubio pro reo* sobre el *pro infans*, ya que resulta constitucionalmente inadmisibles que una persona permanezca vinculada a un proceso penal sin que le sea resulta su situación jurídica, bien para imputarle cargos o para precluir en su favor la investigación.

³ Sentencia T-1015 de 2010. Reiterando sentencia T-554 de 2003.

⁴ Ídem.

Bajo ese contexto, y revisados en su totalidad los elementos materiales probatorios aportados por la fiscalía para argumentar la procedencia de la causal 6 del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004 *-imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-*, se advierte que razón le asistió a la juez en negarla, no porque al implicado no se le haya vinculado formalmente al proceso penal, como lo anotó la *quo*, pues es claro que la fiscalía está facultada para invocar tal causal en etapa de indagación, sino porque estando aún en esa fase del proceso y porque los hechos datan del año 2021, bien puede el ente acusador realizar más actos de investigación, que le permitan soportar suficientemente, y en forma definitiva, su actual tesis o, por el contrario, que se haga necesario continuar con la actuación, pues no puede desconocerse que se trata de una presunta víctima menor que tiene una mayor protección constitucional.

Y si bien, no le corresponde a esta Sala señalar qué actos o pruebas debe recopilar el ente acusador, pues ello hace parte de su competencia basta examinar los elementos aportados para evidenciar que no se han recaudado en su totalidad y que los existentes merecen una mayor atención, veamos:

No hay duda alguna acerca de que a la menor LLR -cuando tenía 6 años -, el 24 de agosto de 2021 le fue diagnosticada la enfermedad de transmisión sexual “*Neisseria Gonorrhoeae*”⁵, como tampoco que a su padre JALT, el 31 de agosto de 2021 le realizaron la prueba arrojando resultado negativo, sin embargo, las circunstancias que rodean los dichos de la menor merecen mayor análisis y labor investigativa.

Nótese que de los reportes de atención por psicología elaborados en Jugar para Sanar, en 16 sesiones realizadas entre septiembre de 2021 y enero de 2022⁶, son contestes en describir que LLR es una niña temerosa, reservada, inexpresiva, evitativa, inhibida frente al tema, e insegura en dicho lugar, por lo que requirió mayor trabajo en la relación terapéutica, adicionalmente, por la medicación para la enfermedad no se hallaba bien de salud. Igualmente, en tales consultas, su madre indicó que la menor señaló a su papá como el presunto agresor y que en la última cita -12 de enero de 2022- LLR buscó diferentes medios para disminuir su incomodidad teniendo incluso la profesional que cubrirse el rostro, y al indagarle por los motivos de ingreso allí solo le expresó “mi papá”.

⁵ Pág. 98. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital.

⁶ Pág. 54-75. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital.

Lo cual coincide con las entrevistas realizadas a la menor en la fiscalía, en tanto inicialmente, el 27 de agosto de 2021 no hizo mención a ningún aspecto relacionado con agresiones sexuales, pero a partir del momento en que hizo su revelación a la terapeuta, según entrevista del 21 de enero de 2022⁷, indicó que el presunto agresor era su papá, lo que reiteró el 23 de noviembre de ese año, sumado a que su madre reforzó tale dicho, contando lo que la niña les decía a ella y a su abuela G.

Igualmente, se adjuntan unas conversaciones por WhatsApp entre los padres de la menor, del 20 de febrero al 1 de septiembre de 2021⁸, en las cuales se percibe que si bien no tenían una relación sentimental ni convivían, su trato era cordial, incluso JALT compartía espacios con ellas y era un papá presente y cumplidor de sus obligaciones, pese a que mediante Resolución N° 323 del 26 de agosto de 2021, la Comisaria de Familia le prohibió acercarse a su hija hasta que se resolviera el asunto.

Entonces, si bien es cierto LLR rindió tres entrevistas ante fiscalía haciendo alusión a lo sucedido, difiriendo en la forma de hacer su relato, lo cierto es que es reiterativa en señalar a su papá como agresor, siendo la valoración de su narración, en cuanto a veracidad y certeza, la que deba examinarse junto con los demás elementos de conocimiento en el juicio oral, y resulta prematuro que en etapa de indagación se emita un juicio de credibilidad acerca de sus dichos.

Sumado a ello, ni siquiera se cuenta con las entrevistas de sus múltiples cuidadores. Y mírese que en una de las actividades de Jugar para Sanar, al referirse a las personas en quienes confiaba mencionó a su papá, mamá, la abuela G, la tía N, el tío A y L, pero también se refirió a L, como una de las personas que la cuidó y le gritaba mucho, pero no obran en la actuación tales labores investigativas, que podrían servir en juicio como prueba de corroboración.

Tampoco, existen elementos que demuestren que la madre de la menor quisiese por algún motivo involucrar al padre de su hija y, por el contrario, se evidenció que en la noticia criminal no mencionó algún agresor y según las aludidas conversaciones tenían con él una buena relación; por ende, cualquier aspecto de

⁷ Pág. 20. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital

⁸ Pág. 124. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital.

alienación parental, deberá igualmente probarse suficientemente en el juicio oral, siendo insuficiente lo adjuntado para emitir alguna apreciación al respecto.

Adicionalmente, se mencionó que la menor estuvo con su madre paseando en Cartagena y que después de ello resultó con la enfermedad, pero no se amplió tal aspecto, como tampoco que desde temprana edad padece de infecciones urinarias, máxime cuando obra un informe pericial del 31 de agosto de 2021⁹, en el cual se indicó que presenta: “... *cogestión marcada perianal, con Halo erimatoso perianal, fisura anal a las 12 meridiano con bordes cicatrizados...*” concluyéndose que: “*los hallazgos encontrados a nivel anal son indicativos de trauma antiguo, repetitivo y no descartan maniobras sexuales a este nivel*”.

Ahora, obra un concepto de medicina legal del 22 de septiembre de 2022¹⁰, en el que se les solicita emisión de un concepto acerca de la enfermedad de transmisión sexual “gonorrea” e indicándose que su contagio también puede ser por contacto indirecto o no venéreo con adulto infectado, explicándose que en viviendas pequeñas y abarrotadas, donde los miembros comparten la misma cama, no es fácil bañarse y lavar la ropa, el virus sobrevive por corto tiempo y puede que un niño lo contraiga; sin embargo, en este caso, no se examinaron las condiciones en las que vive la menor y que resulte aplicable tal tesis, que descartaría su contagio por transmisión sexual.

En esos términos considera la Sala que no existe, hasta el momento, algún elemento de prueba directo que conlleve a precluir la investigación por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, pues como se indicó falta una mayor labor investigativa, y en este tipo de delitos atendiendo a la calidad de la víctima y a los derechos de implicado, resulta necesario ahondar en el asunto, en tanto no se han agotado las posibles líneas de investigación debiendo realizarse el máximo esfuerzo investigativo.

Finalmente, improcedente resulta examinar el asunto a la luz de la causal invocada por la defensa “en su calidad de recurrentes” esto es, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, pues no hizo parte del argumento expuesto por el fiscal, único habilitado en esta etapa del proceso para solicitar la preclusión. Así las cosas, la decisión objeto de alzada está llamada a su confirmación.

⁹ Pág. 6. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital.

¹⁰ Folio 120. Archivo elementos materiales fiscalía. Carpeta digital.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-**

RESUELVE:

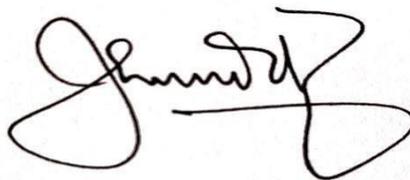
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de apelación, por la cual el Juez Segundo Penal del Circuito de Bello resolvió no decretar preclusión en la presente indagación preliminar.

SEGUNDO: Frente a esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO