



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 205 2015 00180
Indiciado	Andrés Felipe García Sosa (padre de la menor)
Víctima	IGL (3 años para la época de los hechos)
Delito	Acto sexual con menor de 14 años (Art. 209 del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Primero (1°) Penal del Circuito de Bello, Antioquia
Asunto	Apelación de auto que niega preclusión
Consecutivo	SAP-A-2023-012
Aprobado por Acta	N°117 de 10 de mayo de 2023
Audiencia de exposición	Viernes, 12 de mayo de 2023; Hora: 11:00 am
Decisión <i>ad quem</i>	Se revoca auto. Se ordena preclusión de la investigación
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, mayo doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

La Fiscal 61 Local, doctora LUISA FERNANDA BOTERO ISAZA, solicitó preclusión por la causal 4ª del artículo 332 del CPP, esto es, «*atipicidad del hecho investigado*».

En este evento, no se ha formulado imputación.

2. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS EN LOS QUE SE APOYA LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

➤ Denuncia por parte de la madre de la menor víctima

El 11 de marzo de 2015, DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETÓN, madre de la menor interpuso denuncia en contra de ANDRÉS FELIPE GARCÍA SOSA y relató lo siguiente:

«Mi hija ISABELA GARCIA LOAIZA, quien tiene 3 años de edad, ha dicho cosas en medio de su inocencia que podrían indicar que esté siendo abusada por el padre de ella, de nombre ANDRES FELIPE GARCIA SOSA. PREGUNTADO. En qué consiste las cosas que dice y conductas. CONTESTÓ. Esto sucede aproximadamente un año, luego de que llega de la visita al papá que es en bello, ella llega mencionando que el papá le da besos “acá” y se señala las

nalguitas, a la mamita le dijo que el papá le hace en la vagina así – y ella hace con los labios una acción de lamer- la niña canta la canción el cerrucho (sic) tocándose la vagina, otra cosa que pasó fue el domingo pasado luego de llegar de la visita del papá se orinó tres (3) veces en la ropa interior; y, ese mismo día cuando llegó de allá, en la cama se puso a temblar y apretaba las piernitas. PREGUNTADO. ¿Desde cuándo empezó a sospechar? CONTESTÓ. Desde aproximadamente un año y la dejé de mandar donde el papá, pero entonces él solicitó una cita en Comisaría de Niquía para las visitas, le comenté estas sospechas a la abogada de la Comisaría que citó a la conciliación y la funcionaria no creyó esto, me dijo que no había pruebas que dio a entender que para qué iba a poner a la niña en vueltas; y, finalmente ANDRES FELIPE se salió con las suyas. PREGUNTADO: cuando la niña tiene que ir a visitarlo quién la lleva y dónde son las visitas, cuánto tiempo. RESPUESTA: El mismo la recoge en la estación del metro de Acevedo, la tiene desde los viernes hasta domingo cada quince días. PREGUNTA: La niña les ha (Está cortado) serio, ella responde que, con el papá, pero recién llega de allá, ella sin que se pregunten dice que durmió con la abuela, aclaro que luego le pregunto yo en serio y es cuando dice que con el papá, es como si él la preparara para decir que durmió con la abuela, porque es lo primero que ella comenta cuando llega, sin que le pregunten. PREGUNTADO: antes de acudir a esta sección de recepción de denuncias de la Fiscalía, en la casa de la justicia de Villa Socorro. Usted acudió a otra autoridad. CONTESTÓ: Si, ayer fui a la Fiscalía de San Diego donde me dijeron que tenía que venir primero a la casa de justicia llegué acá a la casa de justicia hoy y me remitieron a esta sección de la Fiscalía. PREGUNTADO. Háganos una descripción física del mencionado padre de la menor ANDRES FELIPE GARCIA. CONTESTO: Es de estatura promedio, gordo, blanco, tiene aproximadamente 28 años de edad, es auxiliar administrativo en Comfenalco de Medellín, vive con la mamá, el papá y un hermano, consume droga que es como un polvo, no sé cómo se llama esa droga. PREGUNTADO. Usted ha convivido con él alguna vez. CONTESTO: No. PREGUNTA: tiene algo más por decir. CONTESTO: Que no había denunciado por lo que me dijo esa vez la abogada de la casa de la justicia de Niquía y porque la familia de él presionaba y me decía que eran inventos míos para no dejarla ir con él, denuncié por el bienestar de mi niña y que se sepa que está pasando. Eso es todo.»

➤ **Primer Informe de Medicina Legal**

El 12 de marzo de 2015, ERIKA CRISTINA GARCÍA BERTEL, profesional universitario forense, no obtiene ningún hallazgo físico.

«Descripción de hallazgos.

EXAMEN GENITAL. Genitales externos femeninos.

Vello púbico. Ausente.

Posición para el examen: Supina.

Región Púbrica: No presenta signos de trauma o infección a este nivel

Labios Mayores: No presenta signos de trauma o infección a este nivel.

Labios menores: No presenta signos de trauma o infección a este nivel.

Horquilla vulvar: No presenta signos de trauma o infección a este nivel.

Clítoris: No presenta signos de trauma o infección a este nivel.

Meato urinario: No presenta signos de trauma o infección a este nivel

Vagina: No presenta signos de trauma o infección a este nivel

Periné: No presenta signos de trauma o infección a este nivel

Región inguinal: No presenta signos de trauma o infección a este nivel

Himen: Anular integro no elástico

NO presenta signos de contaminación venérea

EXAMEN ANAL Y PERIANAL.

Posición supina.

HALLAZGOS. FORMA. CIRCULAR.TONO: Normal. Descripción y ubicación de lesiones: Ninguna.

Contaminación venérea: No hay signos.»

➤ Historia clínica de la EPS Salud Total

El 6 de abril de 2015, se examinó a la menor por «*presunto abuso sexual*» y el médico JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN halló una lesión en el himen.

Se resalta, que la lesión surge un mes después de la denuncia y después de la valoración por medicina legal.

Se emite orden de procedimientos diagnósticos, se tomaron muestras de sangre, frotis vaginal se esperan los resultados de laboratorio.

«Evolución Dr. JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN. En el momento de realizar el examen de flujo vaginal se observa posible desfloración, se observa nuevamente donde se observa himen con lascracion en las 11 del reloj con **abundante eritema y flujo vaginal** se realiza protocolo de abuso, zona anal y paragenital dentro de límites normales no signos de violencia externa evidente al examen físico.

(...)

Examen directo y GRAM: reacción leucocitaria cantidad media, gram positivos cantidad abundante, gram negativos cantidad abundante. Vih 0.16 negativo. (...)

Análisis y Manejo I: Dr. (a) JUAN CARLOS ENDEZ PINZON (Abril 6 2015 15:21:00) paciente con posible abuso sexual al examen físico con desfloración aparente inicio protocolo de abuso se llama infancia y adolescencia (...)

Prescripción de medicamentos: ceftriazona, metronidazol, azitromicina, etc.

El 4 de junio de 2015 se consignó en la historia clínica:

«Anamnesis: Refiere que hace más o menos 9 meses sospecha de abuso por parte del padre, Medicina Legal sugiere paraclínico de manejo por continuidad en caso, paciente regulada de Medicina Legal por episodio de presunto abuso ya realizado dictamen forense se solicita laboratorio de control y evaluación psicología»

➤ **Ampliación de denuncia**

El 4 de junio de 2015, DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETÓN, se presenta a la Fiscalía con la finalidad de ampliar denuncia y relató lo siguiente:

«CONTESTO: éramos pareja hasta hace un año que yo decidí irme por motivos de salud ya que él era muy estresante, me bajaba la autoestima, me trataba mal verbalmente y por mentiroso y drogadicto. PREGUNTADO. Desde esa época en que usted decide separarse de ANDRÉS FELIPE GARCIA cómo siguió la relación entre ustedes. CONTESTO. De mi parte hacía él norma, yo lo trataba bien, pero él si estaba muy ofendido, porque lo había dejado y él decía que justamente en el momento en que más me necesitaba. Pero, el trato era cordial, él bregaba era a volver a conquistar y decía que iba a cambiar. PREGUNTADA. Los hechos que usted denuncia en qué sitio, lugar y fecha tuvieron ocurrencia. CONTESTO: En Bello, en el barrio Andalucía, en la casa de ANDRÉS el denunciado, porque era la única forma de estar con la niña. Los hechos tuvieron ocurrencia la primera semana que él se llevó a la niña a amanecer a la casa de él solo, nosotros todavía éramos pareja y él se la llevó por ahí 15 días antes. Eso fue en junio de 2014. La niña dice que el papá la tocó tres veces. Ella tiene 3 años y ella decía que el papá la tocaba, señala la vagina y la cola. PREGUNTADA: en qué época tiene usted conocimiento de estos hechos. CONTESTO. La primera vez que la niña me dijo fue por medio de un juego, donde ella me tocó a mí, estando yo tranquila y me tocó en la vagina diciéndome serrucho, serrucho y me la apretaba. Yo le pregunto si ella jugaba con algún compañerito así de la edad de ella y la niña me contestó que era el papá ANDRES. Yo me susto y la grabé preguntándole otra vez y volvió y me respondió lo mismo. Eso quedó grabado y se lo mandé a la familia de él, es decir a la abuela de la niña ISABEL. Entonces, ellos lo que hicieron fue decirme que yo era mentirosa y que estaba poniendo en contra la niña del papá y que no creían eso. Esa grabación la borré, porque yo dejé eso quieto, porque para uno es muy difícil llegar a creer. PREGUNTADO. Por qué razón denuncia un año después esos hechos. CONTESTO. Simplemente lo que hice fue recomendársela a la mamá de él para que durmiera con la niña y ella se hiciera cargo de ella cuando la llevaba. Entonces la niña con el tiempo volvió a decirme que su papá la había vuelto a tocar y que con el dedo le hacía cosas con la vagina. La niña se tocaba, indicando como le hacía el papá y empezó a presentar algo que era nuevo para mí que era llegar, acostarse en la cama cuando estaba sola, apretaba las piernas, empezaba a temblar y sudaba. Yo le preguntaba que por qué hacía eso, se ponía furiosa y me echaba del cuarto, desde ahí yo no la volví a dejar ir a la casa de ANDRÉS el papá, les dije el por qué, se enojaron y dijeron que eso era bobada

mía. Entonces, en enero me llega una citación de conciliación de parte de él a la Comisaría de Niquía por parte de él, por visitas. Yo comenté el caso en la comisaria de la sospecha del abuso por parte de ANDRES hacía la niña y la Comisaría me regañó, porque yo no podía hacer esas declaraciones allá sin tener una denuncia. Entonces, la comisaria accedió a que el papá tuviera las visitas normales a la niña y que se la podía llevar desde el viernes en la noche hasta el domingo y las vacaciones. Yo le aclaré que aceptaba eso, pero volvía a ver otros signos en la niña iba a poner denuncia, la Comisaría me dijo que era bobada poner a la niña en esas, porque le hacían muchos exámenes y que los niños tenían una imaginación demasiado amplia, interpretaban mal las cosas y yo le aclaré que la dejaba ir con el fin de que ella podía ir siempre que durmiera y fuera bañada por la abuela, porque ANDRÉS era el que la bañaba y la vestía y dormía con él en la misma cama. La Familia de él decía que eso no tenía nada de raro, porque él era el papá. Esa Comisaria que atendió la diligencia se llama DORA ELENA ARTEAGA BEDOYA. Ella decía que mi versión era dada como la de todos los que asistían a esa clase de diligencias, que para que él no pudiera ver la niña luego como a los 15 días que él se la volvió a llevar, la niña vino y no presentó síntoma ninguno y me dijo que la niña había dormido con la abuela, luego a los otros 15 días que se la llevó, si vino presentando señales de haber sido nuevamente abusada, porque otra vez, llegó se acostó en la cama y empezó a apretar las piernas y nosotros estábamos con un primo, mi papá, mi mamá y yo, y ella apretaba las piernas. Mi mamá se le acercó y le preguntó que qué le pasaba y se enojó con ella y le dijo que ahorita le decía. Al ratico, se le volvió a arrimar mi mamá NANCY MUÑETÓN a la niña Isabela y ahí le contó a mi mamá que el papá ANDRES la hizo popó y chichí y se tocaba haciendo señas que él la tocaba en la vagina y la cola y la mordía. Luego mi mamá le preguntó que ella qué le decía la papá y la niña le decía, que le decía que respete. Entonces, mi mamá. Entonces, mi mamá le preguntó que el papá que le decía y la niña hacía señas que le pegaba en la manita y se golpeaba la manita. Luego se paró y se fue para el patio pensativa y se orinó en la ropa, luego la cambiamos, se fue al comedor y se volvió a orinar en la ropa, luego en la cocina y eso no pasaba antes. Entonces, yo ya me preocupé y fui y puse la denuncia. Me mandaron luego a sacarle los exámenes de medicina legal donde la doctora me dijo que no se veía que le hubieran metido algo en la vagina, pero que según los signos que presentaba la niña si mostraba que había sido tocada. A los 15 días él se la llevó nuevamente y la niña vino y me dijo que había dormido con la abuela y yo le volvía a preguntar que si era en serio, porque para mí era raro que hubiera llegado expresamente a decirme eso y ella me contestó que con el papá también. Al otro día la llevé para que hicieran los exámenes de protocolo de medicina legal, entre ellos, había uno de flujo vaginal, fui por urgencias, se los hicieron en san Diego en la EPS de Salud Total y la enfermera me dijo que tenía una tallita (no se entiende la palabra) como desprendida como cuando se tienen relaciones sexuales. Entonces, yo le dije que por qué el examen de medicina legal le había salido bueno, entonces ella llamó a dos médicos quienes fueron conmigo al consultorio a revisarla, di mi consentimiento, yo estaba ahí. El médico me dijo que sí se veía distinto, anotó lo que encontró en la

historia clínica que ya aportó y empezó protocolo de abuso sexual, llamó a adolescencia o infancia y empezaron profilaxis por medicamentos a los 15 días la niña tenía que volver donde el papá, pero yo no la dejé ir por miedo por lo que había pasado; o sea, por lo que el médico me dijo que al parecer la niña sí había sido abusada. Después de esto tanto mi madre y yo hablamos con la familia del papá de la niña en el momento en que ellos llamaron para solicitar a qué horas recogían la niña, por lo que le informamos que no le íbamos a enviar por la sospecha que teníamos en cuanto al abuso de la niña por cuenta del padre, la reacción de la abuela paterna fue muy grosera mostrando y manifestando palabras soeces hacia mi madre, luego pasó al teléfono el padre paterno que se llama ALONSO GARCIA, este me dijo que la acusación que yo estaba haciendo era muy grave y que me iba a demandar por calumnia le manifesté al señor ALONSO que simplemente era una sospecha y que se quedaran tranquilos que eso apenas lo estaban investigando, de ahí ellos no me volvieron a llamar. Luego solicita una cita psicológica en la casa de justicia de Villa del Socorro ya que en la EPS no tenían profesionales en psicología, sino en psiquiatría, me dieron la cita, pero por ser una niña tan pequeña me estaban era escuchando a mí, lo que ella me había contado, para ver si la remitían a un especialista que conoce ese campo de delitos sexuales, hace una semana recibí la llamada para presentarme a la cita para la investigación y para que llevara a la niña para tomarle la entrevista, me atendió la doctora ÉRIKA ZAPATA e igualmente le recibió una entrevista a mi madre en las instalaciones de la URI Norte de Copacabana. PREGUNTADO, dígame al despacho a quién más le contó la niña lo que ha sucedido. CONTESTÓ. Solamente a mi mamá y a mí. PREGUNTADO. La niña ha contado cuántas veces paso eso con su papá ANDRES. CONTESTO. No ella solo dice lo que ha pasado, pero no dice cuántas veces ha sucedido. PREGUNTADO. Diga si la niña por cuanto tiempo ocurría eso con el papá ANDRÉS. CONTESTÓ. Ella no lo ha dicho está muy pequeña. PREGUNTADO. Diga al despacho al Bienestar familiar o a la Comisaría de Familia conocen esta situación. CONTESTO. No solamente formula la denuncia ante la Fiscalía. PREGUNTADO. Diga al despacho si la niña tiene algún tratamiento patológico con respecto a los hechos denunciados por usted. CONTESTO. No, nada de eso la niña aún no ha sido tratada por algún psicólogo a pesar de que en medicina legal la trataron y allí me dijeron que la llevara a la sección de psicología de la EPS, pero allí no hay estos profesionales, ella está afiliada a la EPS salud total por parte del papá ANDRES FELIPE GARCIA SOSA. PREGUNTADO. Dígame al despacho si en la actualidad la niña está escolarizada. CONTESTO. Si está en pre jardín en Fe y Alegría ubicada en el popular 2, donde están enterados de la situación de la niña. PREGUNTADO. Diga al despacho después de estos hechos cómo ha sido el comportamiento de la niña CONTESTO. Después de que la niña no se volvió a enviar donde la familia del papá no volvió a expresar las cosas que antes expresaba.»

➤ **Segundo Informe de Medicina Legal**

El 5 de junio de 2015, SANDRA MILENA BEDOYA RESTREPO, Profesional Universitario, realizó informe pericial por segunda vez de clínica forense, donde consignó:

«EXAMEN MÉDICO LEGAL.

Aspecto General: Ingresa caminando por sus propios medios, consciente en brazos de su madre, tranquila. Al colocarla en la camilla posterior a explicarle que realizaría la revisión la niña se puso muy ansiosa, llanto intenso, dice que le duele, apreta sus piernas y no permite la valoración.

No permite examen genital.

No permite examen anal y perianal.

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES.

Valoración de edad. Hallazgos para una edad clínica aproximadamente de 3 años.

Niña evaluada de sexo femenino. No presenta lesiones sobre su superficie corporal que permitan sustentar una incapacidad médico legal. **No permite la valoración médico legal en sus áreas genitales, no se puede evaluar himen, ni zona anal.** Se sugiere acompañamiento psicológico. (...)

➤ **Entrevista Forense**

El 23 de julio de 2015, la doctora ÉRICA MARÍA ZAPATA, psicóloga forense de la Fiscalía General de la Nación, realizó la entrevista forense y consignó en el informe lo siguiente:

«RELATO DE LA MENOR.

La menor dice que su mamá grande, su mamá chiquita y su tío WILFER le dan besos en las mejillas (señalo en el dibujo y lo resalto con color naranja) (...)

La menor dice que la persona que la baña es su papá con la ropa “quitada” al preguntarle si el papá le ha hecho algo en esta partecita (refiriéndome a la vagina), dice que no, dice que ella juega con los juguetes (muñecas) con su papá en la casa de la abuela VICKY y allí toma tetero (algo muy placentero para ella)

La niña dice que le dolía mucho la vagina, porque se echó mucho jabón y el papá dijo que la llevaran al médico.

ESCENARIO DE LA REVELACIÓN

Se indaga un poco más acerca del juego entre la menor y su papá, pero no hay revelación de alguna situación que manifieste una situación de abuso.

Se le pregunta a la menor si hay secretos y dice que hay un secreto con su papá y al preguntar que secreto tiene con su papá dice “mis juguetes”. Al insistir solo responde “los juguetes”, dice que “hacer comida, así dormidos”; al preguntarle a la niña si el papá le quita la ropa a la niña dice que sí. Se insiste con la menor para tratar de

entender en qué consiste el juego, pero el lenguaje de ella es escaso e incompleto.

Se logra entender que los secretos de los que habla ISABELA son solo con el papá, no con la mamá.

ISABELA mencionó que su mamá grande es al parecer su abuela y que también juega con crayolas con su abuelo.

DURACIÓN DE LA ENTREVISTA: 19 minutos con 08 segundos.»

➤ **Ampliación de Informe médico legal de la profesional forense ÉRIKA CRISTINA GARCÍA BERTEL**

El 5 de abril de 2016, la Fiscalía General de la Nación le solicitó a la médico forense ÉRIKA CRISTINA GARCÍA BERTEL, quien realizó el primer examen de valoración médico legal a la menor de edad, presunta víctima, con la finalidad de conceptuar sobre la lesión hallada por el médico de salud total, doctor JUAN CARLOS MENDEZ PINZÓN.

Se remitió la historia clínica.

Conceptúo lo siguiente:

«Para dar respuesta a esta pregunta tal y como se conceptúo en la anterior solicitud se precisa la presencia del profesional de la salud que realizó la observación, ya que es preciso determinar ubicación exacta de la laceración, las características específicas de esta lesión descrita y con exactitud las características de los bordes de esta laceración consignada en la historia clínica a nombre de la niña **IGL** por parte del médico de urgencias que valoró a la niña, teniendo en cuenta que estructuras del interior de la vagina compromete, siendo esta información de vital importancia para poder establecer diferenciación entre las dos lesiones (Laceración-Desgarro reciente) y de esta forma poder aclarar en retrospectiva si se estaba frente a un desgarro reciente o una laceración (lo cual no queda claro por la pobreza descriptiva de la naturaleza de la lesión), en este momento, con la información con la que se cuenta y teniendo en cuenta la manera como esta lesión está descrita en la historia clínica, no es posible dar una respuesta diferente a esta pregunta.

De acuerdo con la característica de la laceración descrita en la historia clínica de la niña García Loaiza, en tanto se describe esta como erimatososa, se puede inferir que esta lesión fue causada recientemente (En un lapso de 10 días previos a la consulta de urgencias a la cual la niña fue llevada 06/04/15) y se relaciona con mecanismo tipo fricción o manipulación, pudiendo esta lesión ser secundaria a automanipulación o rascado en el caso de la niña en cuestión y de acuerdo a la edad que esta niña tenía al momento de la valoración (3 años). Se envía esta ampliación de informe a la autoridad solicitante».

➤ **Entrevista a JUAN CARLOS MÉNDEZ, médico general de la EPS Salud Total**

El 13 de septiembre de 2017, el doctor JUAN CARLOS MÉNDEZ, realizó entrevista ante la Fiscalía con la finalidad de aclarar algunos puntos que consignó en la historia clínica de la menor, presunta víctima.

Se recuerda que fue el médico quien realizó la primera atención a la menor presunta víctima en la EPS Salud Total.

Refirió textualmente lo siguiente:

«Yo JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN, de acuerdo a la historia clínica del día 04 de junio del 2015 relacionada con la atención que le brinde a la niña a la niña **IGL**. La ubicación exacta de la laceración es a las 11 de las manecillas del reloj que van desde 1 hasta 12, se puede decir que el 12 es arriba, 6 es abajo, 3 es a la izquierda y 9 a la derecha y según esta terminología médica determiné la ubicación de la laceración, las características de la laceración no se describieron en detalle según la historia clínica, si hay una laceración, las características de la laceración no se describieron en detalle según la historia clínica, si hay una laceración que corresponde a una ruptura del himen acompañada de flujo vaginal abundante, la señora DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETON madre de la niña **llegó con una orden de medicina legal donde se solicitaba hacer exámenes de laboratorio por parte de la EPS lo que observé fue que la fecha de la orden no era reciente, la orden no era de esa fecha ni del día anterior**, las características de los bordes de esa laceración no las puedo describir, porque no las recuerdo y no están descritas en la historia clínica, si se observa una laceración yo interpreto como médico genera que hay una herida en el himen, no puedo detallar si fue reciente o pasada por no estar descrita en la historia, por error de tipografía escribí la palabra “lascración”, pero la palabra correcta es laceración, como médico general cuando detectamos cualquier anomalía en un menor, ponemos en conocimiento a una autoridad competente (infancia y adolescencia) para que se lleve a la niña a medicina legal, yo supongo que a la niña se le realizó posterior a la atención médica una evaluación por medicina legal, **la madre de la niña refiere que hace más o menos 9 meses sospecha de abuso por parte del padre de la niña**. No tengo más que decir».

➤ **Entrevista a KELLYS MARGARITA GUZMÁN NORIEGA, psicóloga en Salud Total.**

El 8 de septiembre de 2017, KELLYS MARGARITA GUZMÁN NORIEGA, psicóloga en Salud Total, rindió entrevista ante la Fiscalía General de la Nación y refirió textualmente lo siguiente:

«La niña IGL es una paciente de 5 años que llegó a consulta con psicología a principios del año 2016 no recuerdo la fecha exacta,

ella llega en compañía de la madre e informa que al parecer la niña fue abusada sexualmente por el padre biológico, ella ya llega con el código fucsia activado, porque ya había sido atendida por el psicólogo del ICBF, ya había pasado un buen tiempo y la EPS se comunica con la madre para que le preste el servicio del acompañamiento continuo con los profesionales de la salud desde la EPS Salud Total, en la primera sección fue una entrevista inicial, en la segunda sección se le aplica a la niña un test proyectivo, en apoyo al Psico diagnóstico, en el se refleja cierto temor a la figura paterna y cierto rechazo y no soporta el motivo, evidenciando una proyección de un padre anulado, en la tercera, cuarta sección, manejamos con la niña el autocuidado personal, donde ella señalaría las partes privadas y públicas de su cuerpo que fueron manipuladas, pero en ningún momento la niña manifiesta, expresa y verbaliza quien fue la persona, de hecho no volví a tocar el tema en énfasis al abuso sexual para no revictimizar a la niña, lo que se ha venido trabajando con ella básicamente va dirigido a nivel emocional y comportamental, la niña presentaba un comportamiento alterado, rebeldía, grosería, dependiente, demandante, temerosa y un rechazo a la adquisición del aprendizaje en el contexto escolar, en la actualidad existe en la niña un equilibrio emocional receptivo al abordaje, motivada, **evidenciando nula evocación de lo sucedido, ella no lo recuerda ni lo manifiesta en sección**, yo la atiendo cada mes, son 20 minutos por sección, a veces de forma individual y otras veces acompañada por la madre. No tengo más que decir».

➤ **Interrogatorio NANCY MUÑETÓN, abuela materna de la menor**

Refirió en entrevista forense lo siguiente:

«En relación con los hechos investigados, la Sra. NANCY dice que su yerno se llevaba a la menor y él la llevaba a su casa (como su madre estaba enferma), él era quien la bañaba a la menor para acostarla y le echaba cremita en la vagina. Este comportamiento lo tenía incluso en la casa delante de DIANA PATRICIA y NANCY ALCIRA en la casa, pero después de que ya él se la empezó a llevar a la casa de él, ANDRÉS FELIPE le dijo a NANCY ALCIRA que cuando la niña tenía más de un año que una psicóloga le había dicho que la niña debía acostumbrar a bañarse con el papá desnudo y NANCY no estuvo de acuerdo y se lo manifestó, pero él solo dijo que “ya sabe”. En otra ocasión la menor estuvo casi una semana en la casa de él y cuando la entregó a su abuela él mismo dijo que le debían hacer más aseo, porque estaba irritada en la vagina.

NANCY ALCIRA dice que desde que la niña usa pañal en la noche y en el día va al baño y desde que tenía un año de nacida apretaba las piernas y con la mano encima de la pelvis, cerca de la vagina (como auto estimulándose) y “se juagaba en sudor”, la abuela le preguntaba *¿por qué juega así?* Y en ocasiones la niña decía “váyase” a partir de ahí empezaron a llevarla a psicóloga (la madre fue atendida en Casa de Justicia Villa del Socorro), la niña también decía que dormía con su papá y frente a la insistencia de la abuela NANCY ALCIRA a la abuela VICTORIA, esta última dormía con

ANDRES FELIPE y la menor ISABELLA. Otro comportamiento que llamó la atención de la abuela NANCY ALCIRA era que la niña se metía debajo de la cama con los amiguitos a tocarse y cuando la abuela NANCY ALCIRA le decía *“cuando papá la toque, le dice papá respete y dígale a la abuela VICTORIA que pao, pao, pao”* dijo que estaba brava y le preguntó *¿usted con quién juega eso?* y dijo que *“papá, él dijo pao, pao, pao”*, ella considera que su papá la estaba amenazando, pero no explicó en qué consistía el juego que le había enseñado el papá. Esto ocurrió hace un año aproximadamente.

En noviembre de 2014, la familia de ANDRES FELIPE demandó a DIANA PATRICIA en la Casa de Justicia en Niquía (Bello), porque la familia de DIANA PATRICIA le puso condiciones como que la menor no durmiera en la casa de él y allí le asignaron una cuota alimentaria, ya que no respondía por ella y la Comisaría autorizó las salidas de la menor con su papá y la menor continuó auto estimulándose, más que todo cuando venía de la casa del papá, se molestaba y se ponía agresiva cuando era sorprendida, hasta que un día la abuela NANCY ALCIRA al preguntarle a la niña *¿usted con quién juega eso?* Ella respondió *“papá aquí chic hi ammmm y popo ammm”* (se tocó en la vagina y en la nalga) la niña dijo que no le contara a la mamá, sin embargo, la abuela le contó a DIANA PATRICIA y la niña se orinó tres veces durante el día a pesar que según ella había explicado, la menor no se orina en el día, porque sabe usar el baño y el pañal lo usa en la noche. Este suceso se presentó en semana santa de 2015. A raíz de esta situación la madre y la abuela consultó y en los exámenes la menor salió con flujo, también fue evaluada por Medicina Legal y les explicaron que cabía la posibilidad que la menor fuera tocada».

➤ **Interrogatorio a ANDRÉS FELIPE GARCÍA SOSA, padre de la menor**

El 7 de marzo de 2016 el indiciado rindió interrogatorio donde relató lo siguiente:

«PEGUNTADO. Diga si conoce los motivos por los cuales se encuentra rindiendo este interrogatorio. CONTESTO: Porque la mamá de mi hija **IG** de nombre DIANA CRISTINA y la abuela materna de mi hija NANCY MUÑETÓN están asegurando de que yo ANDRÉS FELIPE GARCÍA el padre de **IG** estoy abusando sexualmente de mi hija y por ese motivo ellas me impiden estar con mi hija y compartir con ella, yo les preguntó que por qué están diciendo eso y ellas me dicen que no son ellas, que es la niña la que está diciendo que yo estoy abusando de ella, hay que tener presente que mi hija tiene 4 años y ya hace dos meses que no la veo, yo necesito que me ayuden a esclarecer este tema, porque me estoy viendo perjudicado. PREGUNTADO. Cuánto tiempo duró la relación de usted con la señora DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETÓN y cómo fue esa relación. CONTESTO. Duró 7 años empezamos la relación más o menos desde el 2010, a los 3 años ella quedó en embarazo, la relación era excelente yo la apoyaba moral y sentimentalmente, en lo económico de los 7 años de relación siempre dependió de mis ingresos, sin depender cien por ciento, porque ella vivía con la mamá y el papá, nosotros convivimos

juntos en la casa de los suegros y teníamos una habitación para nosotros, después de que nació la niña yo adecue la habitación para que la niña también tuviera su espacio. PREGUNTADO. Por qué se terminó la relación y para qué fecha. CONTESTO. Yo terminé mi relación con ella, porque ella manifestaba que usted estaba muy desinteresado con ella y yo la verdad debido a problemas familiares me dediqué fue a tomar y a rumbear, entonces, empezaron los problemas y yo decidí irme para mi casa donde mis padres y eso fue hace más o menos 2 años, la niña tenía 2 años y eso hace que tengo problemas con ella. PREGUNTADO. Cuando usted decide separarse de DIANA cómo fue el acuerdo entre ustedes para las visitas y la manutención de su hija ISABELA. CONTESTO. Quedamos en que yo iba a recoger la niña, cada 8 días la recogía el viernes en la tarde y la devolvía el domingo en horas de la tarde, entonces ella ya dijo que no que cada 15 días. Entonces ese acuerdo no duró si no un mes; o sea, la niña solo estuvo ese primer mes dos veces en mi casa, a la tercera visita ya DIANA empezó a sacar disculpas que ese fin de semana no iba a poder, porque venía una prima de ellos que no conocía a ISABELLA entonces no me la dejó ver, ya después la quinta visita me sacó la disculpa de que se iban de paseo, a la sexta visita me salió con que la niña no tenía por qué estar amaneciendo en mi casa, que la recogiera y ese mismo día la devolviera, desde ahí empezaron una serie de acusaciones donde DIANA CRISTINA y la mamá NANCY MUÑETÓN me empezaron a decir que yo estaba tocando la niña, que yo estaba abusando de ella, que yo era un alcohólico, un drogadicto, es de aclarar que cuando yo tomaba , lo hacía por la casa de ella y con los vecinos y con el papá de ella, teniendo presente también de que en ese entonces el papá de ella era eléctrico arreglando televisores y radios en la misma casa, por lo que allí entraba cualquier cantidad de personas, a raíz de todo esto empecé a buscar ayuda jurídica, entonces yo fui a la Comisaría de Familia con el fin de que me ayudaran con relación a las visitas, de la Comisaria de Familia la citaron, tuvimos una audiencia de conciliación el 6 de febrero de 2015 y DIANA CRISTINA asistió, entonces allá manifiesta toda serie de acusaciones hacia mí, entonces lo que la comisaria le manifiesta es que este tipo de acusaciones es muy grave, que si tenía pruebas se dirigiera a la Fiscalía a denunciar, entonces ella ahí dijo que era la niña que estaba diciendo que el papá estaba abusando de ella, entonces seguimos la conciliación y llegamos a un acuerdo en lo económico y con relación también a las visitas, entonces allí quedamos que yo veía a la niña cada 15 días recogéndola el viernes en la noche y regresándola el domingo a las 7 de la noche y si cae festivo, pues la devolvía el lunes a las 7 de la noche, este acuerdo se llevó sin problemas un mes más o menos, en ese mes en la segunda visita yo decido irme para Comfama de Girardota, fui con mi mamá, con papá, mi sobrino que tiene un año más que mi hija, y esa noche cuando la fui a dejar a la casa de la mamá, la niña dijo que no quería ir para la casa de la mamá y se puso a llorar, entonces al otro día DIANA llamó a mi hermano JJUAN DAVID GARCÍA SOSA y le manifiesta que la niña que la niña había llegado temblando y que no había podido dormir bien, entonces ellos le preguntan a la niña que qué le pasaba, entonces la niña señalaba la vaginita y ellas le preguntaban que si le dolía y la niña que sí, ya ellas le preguntaban

a la niña que si era el papá que la tocaba y supuestamente la niña decía que sí, y entonces a raíz de esta llamada a mi hermano, ellas deciden que la niña no puede ir a amanecer más conmigo. Entonces, mi mamá llamó a la casa de DIANA y allá contestó la señora NANCY y argumenta que no permite que la niña vaya a la casa por dos razones, la primera, que porque yo **era drogadicto y alcohólico; y, la segunda, que en mi casa todos éramos hombres y que no era normal que una niña en medio de tantos hombres.**

Ya después que no podía ver la niña yo le pregunté a DIANA CRISTINA que en qué iba el proceso de la Fiscalía y ella me decía que estaban investigando, entonces, yo tomé la decisión de acercarme al búnker de la Fiscalía en Caribe y yo pregunté si yo tenía alguna denuncia en mi contra y allá me dijeron que no, entonces yo ya tomo la decisión el 28 de abril de 2015, en poner una denuncia en la Fiscalía por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor, pero esta denuncia no prosperó, porque el Fiscal la archivó, luego ese mismo día 28 de abril de 2015, puse otra denuncia por daños y perjuicios y calumnia, inclusive dejé una notificación en la Fiscalía donde manifestaba que si me llegaba a pasar algo eran ellas, ya que ellas viven en el barrio popular 2 y es un sector de bandas delincuenciales; además porque ya me habían contado que ellas estaban haciendo comentarios de que yo estaba abusando de mi hija. **También ese mismo día yo puse la denuncia por abuso sexual donde la víctima era mi hija y el victimario era yo, esa denuncia la puse en el búnker y de allá me enviaron para el CAIVAS en San Diego,** entonces allá me atendió una Fiscal y me decía que como yo me estaba **auto denunciando,** esta denuncia está con el SPOA 050016000248201503705 y que yo como iba a colocar en esas a mi propia hija, entonces yo le dije que lo que **quería era esclarecer las cosas que ellas estaba diciendo** que yo la estaba abusando y que si eso era verdad pues que investigaran a ver quién estaba abusando de mi hija, porque yo no era, después de eso al ver que no pasaba nada yo envié unos derechos de petición a la Fiscalía en el CAIVAS que me dijeran al ver si yo tenía alguna restricción para poder ver a mi hija, Fiscalía responde e indica que yo no tenía ninguna restricción o medida preventiva, por lo que entonces me dirigí a Bienestar Familiar de Parque Berrio, que era competente por la Comuna donde vive mi hija, entonces allá citaron a DIANA para el 23 de junio de 2015, para revisión de visitas en esa reunión es donde estaba todo el equipo interdisciplinario de Bienestar Familiar y es donde DIANA saca un documento de medicina legal donde ella dice que la niña si tiene un presunto abuso y que el presunto abusador era yo y que no podía ver la niña hasta que se esclareciera el tema; entonces yo en esa reunión le dije a DIANA que me diera copia y DIANA dijo que no (...) miraron el sistema y me dijeron que habían dos documentos, uno que decía que el día que habían llevado a la niña a hacer los exámenes la niña se resistió; y en el segundo decía que la niña le pudieron hacer los exámenes y que había como una inflamación, pero que no había síntomas de abuso, lo que me recomendaron en el documento era que la niña necesitaba un acompañamiento psicológico para determinar si la niña estaba diciendo mentiras o estaba siendo

inducida a que dijera eso, que era que yo quien la abusaba (..) pero ellas no se presentaron con la niña, allá en esa reunión se quedó que hasta tanto la Fiscalía no se pronunciara con relación a la denuncia interpuesta por DIANA CRISTINA LOAIZA, por el abuso sexual a mi hija ISABELA, yo no podía ver la niña, que si quería la podía ver con la presencia de DIANA (...) ***Yo la verdad quiero que esto se solucione, porque tanto yo como mi familia queremos ver y estar con la niña para fortalecer los lazos familiares por el lado paterno.*** (...) PREGUNTADO: Diga por qué cree usted que la señora DIANA CRISTINA LOAIZA está manifestando que usted abusa sexualmente de su hija. CONTESTO. Es una excusa que están sacando para yo no poder disfrutar a mi hija; y, lo segundo será por pura rabia, la verdad no sé, lo que sí sé es que DIANA CRISTINA antes de que nos separáramos empezó a tener síntomas de pánico, eso pasaba en hasta centros comerciales, como yo la tenía afiliada a mi EPS, ella empezó a ir a los tratamientos y allá un psiquiatra le diagnosticó trastorno de pánico y le envió medicamentos de control no sé y eso tenga que ver, así mismo DIANA ha sido muy influenciada por la mamá y demás que ella también tiene que ver en las acusaciones, también creo yo que puede ser por como yo la tenía afiliada a la caja de compensación y a la EPS y como a ella le enviaba droga para esa enfermedad y la EPS se la suministraba y como yo cuando termine con ella la saqué de eso, pues un día ella fue a reclamar la droga y no se la dieron y le dijeron que ella ya no estaba afiliada, pues me llamó y me insultó y me dijo de todo, yo creo pues que eso también tiene que ver (...).

3. LA PRETENSIÓN DE PRECLUSIÓN DE LA FISCALÍA SECCIONAL

La Fiscal 61 Local, doctora LUISA FERNANDA BOTERO ISAZA, solicitó preclusión de la investigación por ***«atipicidad de la conducta»***, con base en el Art. 331 N° 4 del C.P.P.

Indicó que luego de analizar los elementos materiales probatorios en su conjunto, se puede colegir que ***los hechos no estructuran el delito de actos sexuales con menor de 14 años. Art. 209 del C.P.***

Textualmente refirió la Fiscal delegada:

«Los hechos que nos llevan a hacer esta solicitud es el fundamento fáctico de esta solicitud de preclusión tratan del día 11 de marzo de 2015 donde la señora DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETÓN interpone denuncia por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años en la que presuntamente la víctima es su hija la menor de 13 años de edad en ese momento IGL desde el año 2012, según manifestó la menor refiere que el papá le cantaba la canción del serrucho y le tocaba la vagina. Señala la denunciante igualmente que todo esto sucedió cuando llegó de visitar a papá que se orinó como tres veces en la ropa interior, temblaba y apretaba las piernas, desde los primeros momentos de la investigación, entonces, después de recibir esta denuncia el día 11 de marzo de 2015 se realizaron diversos actos de investigación tendientes a establecer la ocurrencia de los

hechos la identidad del presunto agresor, por lo que entrevistamos personas que pudieran dar cuenta de estos hechos análisis correspondientes se solicitaron al Instituto Nacional de Medicina Legal y se practicaron diferentes actos para poder aclarar aspectos importantes.

Tenemos entonces, que se aporta copia de la historia clínica de la menor donde en la anamnesis se refiere que la madre relata que sospecha de abuso sexual por parte del padre, a folio incluso 46 se deja la anotación del doctor JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN esa historia clínica es del mes de abril del año 2015 que se observa una posible desfloración se observa nuevamente himen con laceración a las 11 del reloj con abundante eritema y flujo vaginal; **esto como se dijo el 6 de abril de 2015, un mes después de la denuncia.**

Enseguida la Fiscalía hace referencia a una valoración de Medicina legal que se realizó ante esta atención médica. Se realiza entonces, un informe de medicina legal de valoración sexológica el día 12 de marzo de 2015, un día después de la denuncia, en relación al relato de la madre que es coherente con la denuncia referente a que el padre realiza tocamientos, le lame la vagina, según la niña manifestó y en esta valoración del día 12 de marzo de 2015 encuentran un himen anular, íntegro, pero no elástico, no desgarrado al momento de las valoraciones.

Se realiza igualmente una ampliación de denuncia a DIANA CRISTINA LOAIZA MUÑETON el día 4 de junio de 2015 la denunciante en el proceso de la referencia que manifiesta que la niña reveló que el papá la había tocado al parecer en tres ocasiones en la vagina y en la colita que primera vez le contó que fue algo en medio de un juego cuando ella le tocó la vagina a la mamá y le cantó serrucho serrucho y apretó la vagina manifestando que así ella jugaba con el papá, posteriormente le dijo que el papá la había vueltos a tocar y con el dedo le hacía cosas en la vagina; que se acostaba en la cama apretaba las piernas y comenzaba a sudar; más adelantó señaló que el papá ANDRES le hizo popó y chichi que le tocaba la vagina y la colita y la mordía.

Refiere entonces que 15 días después de la denuncia, la niña tuvo visitas al parecer con el padre que no explica por qué Medicina Legal los exámenes salieron bien. Señala entonces que después de la visita con su padre la menor presentaba rasgos como de haber sido abusada apretaba las piernas y no tenía control de esfínteres.

Igualmente, se realiza entonces una entrevista forense a la testigo directa de estos hechos la niña IGL quien menciona el día 23 de julio de 2015 que su papá la baña con la *ropa quitada*, palabras textuales de la niña que no le ha hecho nada en la partecita, en la vagina, que juega con los juguetes con su papá y que allí toma tetero, dice que su papá le quita la ropa, se deja la anotación que el lenguaje de la niña es escaso e incompleto.

Igualmente, la niña menciona un secreto que tiene con su papá y **que es un juego.**

Relaciona los juguetes que tiene en la casa de la abuela paterna y no hay claridad acerca de esto; **es decir, en esta entrevista forense no hay ningún tipo de relación por parte de la niña que pueda entonces indicar que su padre le hubiera hecho este tipo de tocamientos.**

Igualmente, se aporta un informe de valoración de Medicina Legal a folio 53 del expediente lo encontramos, el día 5 de octubre del año 2015 se realiza esta valoración, pero la niña no permite revisión en estas áreas genitales, por eso entonces no se pudo evaluar el himen, la valoración de medicina legal se hace posterior a la denuncia, pero la que se hace después para junio de 2015 la niña no permite esa valoración.

Se aporta entonces entrevista de la señora NANCY ALCIRA MUÑETÓN del 23 de julio de 2015 esta señora es la abuela de la menor y manifiesta que su yerno ANDRÉS se llevaba la niña para su casa y que su mamá era la encargada de bañarla y aplicarle la cremita en la vagina que en una ocasión se llevó a la niña por casi una semana y cuando la devolvió manifestó que debían hacerle más aseo, porque la niña estaba irritada en la vagina. Refiere la señora que la niña solía apretar las piernas y con la mano encima de la pelvis como auto estimulándose, que la niña se metió debajo de la cama con otros niños a tocarse y que luego manifestaba que eso lo hacía con el papá.

Señala que cuando la menor fue en Semana Santa con su papá la niña le dijo por teléfono que había dormido con él y cuando la entregó al día siguiente fue donde se pudo evidenciar un posible abuso.

Ahora bien, se solicita aclaración del informe de Medicina legal referente a ese hallazgo que se encuentra en el himen de la menor y en esa respuesta de Medicina Legal del día 16 de marzo del año 2016 se indica que **no se puede conceptuar acerca del tipo de laceración que presentaba la niña por la pobreza descriptiva de la historia clínica**; sin embargo, de acuerdo a la característica eritematosa de la lesión, se puede inferir que la misma fue causada de forma reciente; es decir, 10 días previos a la consulta aproximadamente de urgencias que fue el 6 de abril del año 2015 y se relaciona con un mecanismo de fricción o manipulación, estipulando que puede ser secundaria a auto manipulación o auto rascado en el caso de la niña en cuestión, teniendo en cuenta que tenía 3 años de edad; es decir que al parecer se podría tratar esa lesión por una fricción o por manipulación que se hiciera en la vagina de la menor y que podía tratarse de una auto manipulación o auto rascado que la misma niña lo hubiera realizado.

Es por eso entonces, que igualmente el día 13 de septiembre del año 2017 se entrevista al señor JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN que fue el médico que encontró supuestamente esa lesión en el himen de la menor y este manifiesta que no recuerda las características de la lesión que si lo anotó así es porque se trataba de una laceración del himen acompañada de flujo vaginal abundante, pero él **no recuerda ninguna característica, si la lesión era reciente o antigua debido a que no anotó ningún dato.**

Se entrevista igualmente a la señora KELLYS MARGARITA GUZMÁN NORIEGA el día 8 de septiembre del año 2017 quien refiere que atendió a la niña a principios del año 2016 donde la madre le informó que al parecer había sido abusada por el padre biológico e indica en las atenciones y que en ningún momento la niña expresa que haya sido víctima de algún tipo de tocamiento.

Se recibe interrogatorio al indiciado al señor ANDRÉS FELIPE GARCÍA SOSA, folio 93 y siguientes del expediente digital, este interrogatorio al indiciado se recibe el día 7 de marzo del año 2016 el cual indica que la mamá de su hija le manifestó que él había abusado de la niña y por esta razón él no podía compartir con la menor, señala igualmente que la madre de la menor o que con la madre de la menor sostuvo una relación sentimental por aproximadamente siete (7) años y que cuando la niña tenía 2 años la relación se deterioró, porque él empezó a consumir licor y a estar de rumba, por lo que se separaron, ya entonces las visitas con la niña eran cada 8 días y luego decidieron que fueran cada 15 días, pero a la tercera visita la mamá de la niña le manifestó que no se la podía dejar ver, porque había ido una prima, después que solo permitía que se la llevara en la mañana y la regresara en horas de la tarde, comenzando entonces comentarios referidos al presunto abuso sexual, por parte de la madre y la abuela de la menor, señalándolo de alcohólico, de drogadicto, entre otros, para el mes de febrero del año 2015 refiere que acudieron a una conciliación en la Comisaria de Familia y allí se mencionaron las acusaciones por el presunto abuso sexual; sin embargo, se fijaron visitas cada 15 días, las cuales se llevaron a cabo más o menos 1 mes, ya que en la segunda visita él decide irse para el Comfama de Girardota con la niña y un sobrino suyo y cuando la iban a dejar en la casa la niña se quedó llorando y al día siguiente fue que la madre de la niña DIANA lo llamó, llamó a su hermano y le comentó que la niña había llegado temblando y que señalaba la vagina y que él la tocaba, posteriormente denunció entonces a la señora DIANA, incluso por el delito del ejercicio arbitrario de la custodia y por el delito de injuria.

Se relaciona entonces, la resolución 308 del día 30 de noviembre de 2015 donde le permiten incluso al ciudadano que tenga visitas con la menor **asistidas por la madre** que esas visitas se lleven a cabo en el Centro Comercial Puerta del Norte.

En este contexto de los elementos materiales con vocación probatoria recaudados hasta el momento por la Fiscalía es en relación a ese fundamento fáctico de esta solicitud de preclusión que es lo que ha pasado a lo largo de este proceso desde el **11 de marzo de 2015 cuando la ciudadana DIANA CRISTINA LOAIZA interpone denuncia por el presunto delito de abuso sexual del cual había sido víctima su hija.**

Posteriormente a esta denuncia se realiza la valoración médico legal donde no le encuentran ningún tipo de hallazgo, pero para abril ella acude con su hija a una atención médica y es allí donde al parecer encuentran una lesión en el himen.

Posteriormente, la niña no permite esa valoración de Medicina Legal, esa lesión en el himen según lo que refiere el doctor que la atendió no

sabe en qué consistía si era reciente o antigua y según un dictamen de medicina legal posterior donde se solicita aclaración de la misma lo que se dice es que **al parecer se pudo causar por auto estimulación o auto fricción.**

Además de ello, se tiene entonces una entrevista forense donde la niña no hace ningún tipo de relación referente a delitos sexuales o abuso sexual alguno en relación con lo anterior es que la Fiscalía en concordancia con esos Arts. 331, 332 numeral 4° del C.P.P. solicita al señora juez que se decrete la preclusión de la investigación que se viene adelantando en disfavor de este ciudadano, porque tal y como lo reza ese Art. 287 del C.P.P, la Fiscalía imputará cargos cuando obtenga información legalmente obtenida, elementos materiales con vocación probatoria que le permitan inferir razonablemente que el ciudadano o el procesado es el probable autor o participe de una conducta penal, pero también de lo contrario la Fiscalía, entonces, puede **cuando no tenga esos elementos materiales con vocación probatoria**, circunstancias de tiempo, modo y lugar de una conducta puede solicitar preclusión de la investigación, porque **no hay forma entonces de continuar con ese ejercicio de la acción penal** con esa investigación.

En este tipo de indagación hubo un período muy largo en el que se intentó por parte de la Fiscalía allegar un acervo probatorio tendiente a esclarecer los hechos como se dijo esas circunstancias de tiempo, modo y lugar en la cuales al parecer se había dado los mismos.

Es por ello entonces que si partimos de ese numeral 4° atipicidad de la conducta investigada numeral 4° del Art. 332, tenemos que hablar entonces de esos elementos estructurales del Art. 209 del Código penal, el cual sería aplicable al caso, si nos basamos en las versiones de la madre de la menor y respecto de esas circunstancias fácticas descritas entonces en la denuncia, además, de las entrevistas allegadas a la indagación, los informes de Medicina Legal y la historia clínica es pertinente indicar que esta delegada no desconoce los hechos, pero de los mismos no puede inferir la existencia de una conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años. Ese es el criterio entonces de esta Fiscal.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de manifestar es necesario por la Fiscalía acudir a un juicio de tipicidad para determinar si un comportamiento se adecua o no a un tipo penal, si reúne esos requisitos subjetivos, normativos, que lo estructuran inequívocamente con esa figura punitiva; y, en ese caso de presentarse sería entonces el de actos sexuales con menor de 14 años *“el que (...)”*, toda vez que esta fue la conducta por la que se inicia entonces o se apertura esta indagación.

Tenemos que analizar entonces, la conducta presuntamente desplegada conforme se desarrollaron los acontecimientos; y, uno de los elementos estructurales de ese delito o de ese tipo penal, es saber o conocer esta acción, qué tipo de conducta fue la que se desplegó; y, considera esta delegada que los elementos materiales con vocación probatoria no se ha podido establecer aquello, pues la niña nunca ha revelado si efectivamente fue víctima de algún tocamiento erótico o

sexual por parte de su padre y si fue el caso, cómo fueron aquellos tocamientos, pues solo tiene la versión dada por la madre y una anotación de la historia clínica, la cual incluso la realiza un profesional en salud que **no recuerda ningún tipo de características de su anotación y de qué fue lo que percibió**; y, que bien se pudo verificar por parte de Medicina Legal se podía tratar de una lesión realizada con fricción; es decir, por el solo hecho de rascarse o cualquier otro objeto, teniendo en cuenta la edad de la niña que incluso presentaba en ese momento un flujo vaginal no siendo entonces posible a criterio de esta delegada circunscribir esta conducta a una conducta de tipo sexual y máxime que fuese desplegada por el señor ANDRÉS FELIPE; ya que tanto la madre, como la abuela de la menor siempre refirieron que él se encargaba de aplicarle una cremita en la vagina, hecho que obviamente es indicativo de un tocamiento, pero no de un tocamiento de contenido sexual, incluso la niña ni siquiera refiere que haya sido o que el papá le haya realizado esos tocamientos con miras a realizarle ese aseo personal, aplicarle la cremita.

Obsérvese como la niña acudió a un proceso psicológico y allí tampoco logra hacer ninguna revelación, no realiza comentario alguno de haber sido víctima de alguna conducta de tipo sexual en su contra, por lo que entonces no permite para esta delegada configurar acción que se exige para que se tipifique esa conducta de actos sexuales con menor de 14 años.

Es por lo anterior entonces que esta delegada en virtud de este análisis que hace, de ese recuento fáctico, de los elementos materiales con vocación probatoria que se han allegado al proceso, de esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que se tienen hasta el momento, considera que en el caso en específico debe solicitarse se ordene la preclusión de la indagación en desfavor de este ciudadano, ya que no tiene elementos materiales con vocación probatoria que le permitan continuar con ese ejercicio de la acción penal, no tiene entonces cómo configurar esos elementos estructurales de tipo penal y se ve obligado a hacer esta solicitud ante usted señor juez del circuito.

Esta solicitud la sustento en los elementos materiales con vocación probatoria que corría traslado al despacho; y, en igual sentido al representante de víctimas, señora defensora, para que se decida sobre la misma (19:05)».

Por lo expuesto, solicitó precluir la investigación por ***atipicidad del hecho investigado***.

4. TRASLADO A LOS SUJETOS PROCESALES

El apoderado de víctima, doctor JAIME CHACÓN, se opuso a la solicitud del ente fiscal, manifestando que en efecto el padre de la menor efectuaba esa labor de cambio del pañal, ***lo que falta por finalizar es si esa labor la hizo con intención libidinosa*** como lo establece la Corte.

En efecto, **quedan ciertas dudas**, la señora Fiscal tiene razón en varios aspectos, pero también quedan ciertas inquietudes de si hubo o no actos libidinosos.

Por su parte, la abogada defensora, LUCÍA AGUDELO, coadyuvó la solicitud del ente Fiscal. *«Así mismo, señoría, se puede observar que la Fiscalía muy acuciosamente desplegar todas las labores investigativas para solicitar la presente preclusión y en los elementos se da cuenta de la inexistencia de ese hecho que se estaba investigando, principalmente señoría, la prueba científica de Medicina Legal que arrojó un dictamen discordante con la versión que daba la menor, el dictamen apuntaba a que era una autolesión de la niña. Así mismo, un dictamen que siempre se tiene muy presente en este tipo de procesos es el del profesional en la salud mental quien tampoco arrojó nada, para que se pudiera llevar a este ciudadano a juicio».*

5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez 1° penal del circuito con funciones de conocimiento de Bello, Antioquia **no accedió** a la solicitud de preclusión incoada bajo los siguientes argumentos:

Explicó que hay dos elementos que no permiten acceder a la solicitud de la Fiscalía, el primero, es que **«hay un rastro de laceración»**, según se consignó en la historia clínica; y, el segundo, en la entrevista forense la niña dice que **tiene un secreto** y es con el papá **«dice que hay un secreto con su papá y al preguntar qué secreto tiene con su papá dice “mis juguetes”, al insistir, solo responde “los juguetes” dice que “hacer comida así dormidos” al preguntarle a la niña si el papá le quita la ropa, dice que sí, se insiste con la menor para tratar de entender en qué consiste el juego, pero el lenguaje de ella es escaso e incompleto».**

Lo que significa que, no podríamos decir tajantemente que no hay revelación por parte de la menor, como lo expone la delegada Fiscal, pues la niña dice que **hay un secreto con el papá**, no se sabe cuál es el secreto, pero de ahí no puede descartarse el hecho.

No se sabe si el hecho existió o no, **aquí hay una duda.**

Además, debe tenerse en cuenta que la indagación al parecer es por actos sexuales y no acceso carnal.

Así fueron los argumentos del juzgador:

«(30:14) Entonces, muy a diferencia en lo que nos pudo pasar la semana a esta misma semana en una preclusión doctora, aquí hay un vestigio de que **“hay un secreto” no sabemos cuál es el secreto**, porque el lenguaje es escaso e incompleto, **yo no estoy queriendo decir que haya sucedido o no sucedido el hecho**, lo que pasa es que la entrevista no es tan ahí para decir que “no hay revelación” hay que mirar un poco más qué pasó allí, si yo entiendo que le hicieron un análisis psicológico, entiendo que hay otros dictámenes médico legales dicen que no hay desfloración, pero como dice el señor representante de víctimas, aquí no solo estamos descartando un acceso, sino unos posibles actos; y, entonces, elementos de actos pudieran darse o no, **si lográramos verificar cuál es el secreto.**»

Yo entiendo que entrevistar una menor ya más de 6, 7, 8 años nuevamente pudiera ser revictimizante, más probablemente es una circunstancia de un delito existió o no existió, **pero aquí existe duda, existe duda, y el delito existe o no existe**, porque la menor en la entrevista *nos dejó en el aire cuál era el secreto* con el papá y que no podía decirlo y que ella solo tenía el secreto con el papá, más no con la mamá; y , tenemos una narración que la madre ve algo que le dice la niña, tenemos también elementos que permiten inferir que tenía acceso a la menor sin ropa, **que la bañaba eso no es nada del otro mundo para un papá en el ejercicio de las masculinidades, eso yo no puedo decir que sea un delito.**

Pero, es que aparte de que la niña dice “**un secreto**”, hay una madre que dice que obtuvo una revelación, hay un análisis, hay un análisis hospitalario que dice que **hay una laceración en la vagina**, entonces, no pudiéramos entonces atender de manera absoluta que hay “*una atipicidad de la conducta*”, aquí **hay unas dudas que deben ser solventadas**, si no se logra conseguir los elementos, **pues queda la herramienta del archivo** y hasta que aparezcan, **pero esas dudas no permiten a este fallador acceder a la preclusión**, toda vez que todavía queda por descubrir acá, si quisiéramos hacer uso de la tipicidad de la conducta **cuál era ese secreto**, porque es que ese secreto, esa narración que le hace a la psicóloga del CTI del de la Fiscalía, no es en torno a que si la niña jugaba con juguetes o no.

Es que aquí lo que tenemos que mirar es si hubo unos tocamientos o no; y en ese momento no se pudo, porque hay lenguaje incompleto, **yo sé que más pruebas más allá de una entrevista que se le pueda hacer a la menor, no se le puede hacer**, pero no está por demás tratar de verificar y solventar esa duda que dejó esa entrevista, porque la entrevista no es categórica como lo pudo haber sido en otros casos, donde dice “no hay revelación”, aquí no hay revelación espontánea, pero hay un secreto con el padre, situación que no me permite acceder a esta preclusión.

En ese sentido, el juzgado 1° penal del circuito de Bello, niega la petición de preclusión deprecada por la Fiscalía, contra esta decisión proceden recursos ordinarios (33:25)».

6. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DELEGADA FISCAL

La fiscal 61 Local, doctora LUISA FERNANDA BOTERO ISAZA interpone el recurso de apelación aduciendo lo siguiente:

Primero, es cierto que la menor en la entrevista forense habla de **un secreto**, pero si se observa siempre dice que el secreto *tiene que ver con los juguetes* que tiene en la casa de su abuela VICKY, la abuela materna.

Segundo, la menor **en ningún momento hace revelación de un tipo de acto o tocamiento alguno** que tuviese que ver con un acto libidinoso.

Cuando relató que su papá le quita la ropa, es como lo dice el señor juez de instancia que tiene que ver en muchas ocasiones con ese aseo de las partes íntimas, teniendo en cuenta que es una menor de tan solo 3 años; es decir, que requería esa ayuda para poder realizar esas acciones y esas actividades.

Tercero, la psicóloga KELLYS MARGARITA GUZMÁN NORIEGA refiere que la menor en ningún momento revela que haya sido víctima de algún tocamiento de tipo sexual.

Es decir, esta profesional tampoco pudo obtener ningún tipo de revelación.

Cuarto, No puede dejarse de lado que el doctor JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN, consignó en la historia clínica que la menor tenía una lesión en el himen, la cual es **posterior a la denuncia** y posterior a la valoración de Medicina legal.

El 11 de marzo de 2015 se interpuso la denuncia por parte de la madre de la menor; al día siguientes 12 de marzo de 2015 se efectuó la valoración por medicina legal donde la médico forense *no halló lesiones*; el 6 de abril de 2015 el médico general JUAN CARLOS MÉNDEZ PINZÓN halló la lesión «**abundante eritema y flujo vaginal**».

Se solicitó ampliación al informe de medicina legal con la finalidad de explicar dicha lesión y el 5 de abril de 2016 la médico forense ÉRIKA CRISTINA GARCÍA BERTEL conceptúo que al describirse la lesión como *erimatoso*, se puede inferir que es reciente, es decir, en un lapso de 10 días previos a la consulta por urgencias, y que la misma pudo ser ocasionada por *mecanismo tipo fricción o manipulación, pudiendo esta lesión ser secundaria o por auto manipulación o rascado* teniendo en cuenta que la niña solo tenía tres (3) años al momento de la valoración.

Entonces, así se despejan las dudas de la lesión hallada, aunado a la falta de revelación de la menor, no hay lugar a formular imputación.

Quinto, es inoperante volver a escuchar a la niña en un juicio **después de 8 años**, quien posiblemente ni siquiera recuerde estos eventos.

Solo contaría la Fiscalía con las manifestaciones de la madre de la menor que finalmente **no tienen corroboración** con otros elementos materiales probatorios.

No hay lugar a formular imputación.

Por lo expuesto, solicitó revocar la decisión de primer grado; y, en su lugar, se ordene la preclusión de la investigación.

8. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Le corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación.

9. PETICIÓN POR UNA CAUSAL, PERO ALEGACIÓN POR OTRA DIFERENTE

Se de indicar que, en este asunto, la fiscalía solicitó preclusión por **atipicidad** de la investigación, pero en realidad, según se colige del resumen, se alegó fue la **imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia**.

La jurisprudencia ha determinado que la atipicidad que se alega **deber ser absoluta**¹:

«[...] se refiere a la “*atipicidad del hecho investigado*”, contexto dentro del cual resulta incontestable que la atipicidad pregonada debe ser absoluta, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la relativa, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido».

Acerca de la causal 4 prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la Sala en el CSJ AP 3168-2018, rad. 53.107; CSJ AP 4722-2022, rad. 61.868 de 5 octubre 2022, precisó:

“La Sala tiene pacíficamente sentado que la decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación 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.” (Se subraya)

Así mismo, la Corte en CSJ SP 2650-2015, rad 43.023; CSJ AP 430-2023, rad. 60.713 de 22 febrero 2023, manifestó que: **(i)** por un lado, la conducta ha de adecuarse a las exigencias materiales del tipo objetivo, tales son: sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; **(ii)** y, de otro, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), puesto que conforme al «*artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales*».

Lo anterior implica que el juez de conocimiento, ante una solicitud de preclusión fundamentada en la causal 4^a, debe encontrar probado que: **(i)** no se reúnen los elementos constitutivos del tipo penal; o, **(ii)** a pesar de lograrse esa adecuación, la

¹ CSJ AP, 27 noviembre 2013, rad. 38.458; CSJ AP 5232-2021, rad. 58.769 de 3 noviembre 2021; CSJ AP 430-2023, rad. 60.713 de 22 febrero 2023.

conducta no se cometió dentro de la forma subjetiva que le corresponde al delito endilgado².

El numeral 4º del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, establece como causal de preclusión de la investigación, la «*Atipicidad del hecho investigado*», esto es, cuando tras ejecutarse las pesquisas pertinentes, no se encuentra que los hechos objeto de denuncia se adecúen fáctica y jurídicamente a los comportamientos que el legislador consagró como penalmente reprochables³.

Con respecto a la causal 6ª, se ha de indicar que la preclusión de la investigación es un mecanismo que permite la terminación prematura del proceso, cuando no existen motivos probatorios o jurídicos para avanzar a la fase ulterior. Implica adoptar una decisión definitiva por parte del juzgador cognoscente, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el implicado respecto de los hechos objeto de investigación; por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada⁴.

Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, y, según lo dispuesto en la sentencia C-591 de 2005, puede ejercitarse en cualquier momento, es decir, aún antes del acto de imputación.

Por ello, como la decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, el instituto de la preclusión exige la demostración cabal de la causal en que se funda, o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo⁵.

En ese sentido, una solicitud de tal índole no puede corresponder a la simple exposición argumentativa adelantada por quien depreca la aplicación del mecanismo, sino que, además, debe contar con el respectivo sustento probatorio que permita al Juez de conocimiento llegar al estado de convicción que soporta la terminación extraordinaria del proceso⁶.

La Fiscalía deberá probar 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*⁷.

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 (Art. 287 C.P.P.)⁸.

² CSJ AP 210-2019, rad. 48.721; CSJ AP 5232-2021, rad. 58.769 de 3 noviembre 2021; CSJ AP 4191-2022, rad. 62.057 de 7 septiembre 2022; CSJ AP 430-2023, rad. 60.713 de 22 febrero 2023.

³ CSJ AP 4756-2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

⁴ CSJ AP 3455-2022, rad. 59.462 de 3 agosto 2022.

⁵ CSJ AP, 24 junio 2008, rad. 29.344; CSJ AP, 27 septiembre 2010, rad. 34.177; CSJ AP, 24 julio 2013, rad. 41.604; CSJ AP 3455-2022, rad. 59.462 de 3 agosto 2022.

⁶ CSJ AP 3455-2022, rad. 59.462 de 3 agosto 2022.

⁷ CSJ AP 2431-2019, 18 junio 2019, rad. 50.082; CSJ AP 818-2020, rad. 55.834 de 4 marzo 2020.

⁸ CSJ AP 2431-2019, 18 junio 2019, rad. 50.082; CSJ AP 818-2020, rad. 55.834 de 4 marzo 2020.

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 del Art. 332 del C.P.P., 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 inocencia⁹.

Lo que se observa en el *sub lite* es una investigación con suficientes elementos probatorios para colegir la posible calificación jurídica del hecho, cuestión que es potestativa de la Fiscalía General de la Nación.

El decreto de preclusión de la investigación hace tránsito a cosa juzgada, razón por la cual el órgano competente para proferirla es el juez de conocimiento¹⁰ y su pronunciamiento debe restringirse a la causal invocada por la Fiscalía, el Ministerio Público o la defensa, según la etapa procesal donde se presente la solicitud.

De manera que, **por regla general**, el juez no debe adoptar decisión alguna en relación **con causales no alegadas**, so pena de vulnerar el debido proceso establecido en la Ley 906 de 2004 para ese instituto jurídico.

En este sentido, si la causal alegada se encuentra probada el juez debe disponer la preclusión, aun cuando considere que la terminación del proceso también procede por motivo diferente.

Por el contrario, si la decisión consiste en negar la existencia de la causal propuesta *«no pueden los jueces entrar a hacer juicios de valor sobre otras causales que no le han sido puestas de presente, porque en tal caso se estaría desbordando la actividad judicial al entrar a resolver cuestiones que no le han sido planteadas y tampoco debatidas»*¹¹.

Ahora bien, la jurisprudencia tiene trazada una línea jurisprudencial sólida en torno a la posibilidad excepcional de que el juez de conocimiento precluya una investigación por una causal distinta a la invocada, pero sólo cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir, en los eventos en que en la audiencia se haya puesto en conocimiento del juez, las partes e intervinientes, los motivos que la estructuran, aunque ***se haya invocado por error una causal diversa***¹².

Por **excepción**, cuando los elementos de conocimiento base de la solicitud permiten establecer la procedencia de la preclusión por algún motivo diferente al invocado, por economía procesal debe decretarse, siempre que *«sus componentes estructurales (...) así lo determinen»*¹³.

⁹ CSJ AP 2431-2019, 18 junio 2019, rad. 50.082; CSJ AP 818-2020, rad. 55.834 de 4 marzo 2020.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-591 de 2005 y C-920 de 2007.

¹¹ CSJ AP, 8 febrero 2008, rad. 28.908; CSJ AP, 15 julio 2009, rad. 31.780; CSJ AP, 18 mayo 2011, rad. 35.826; CSJ AP, 5 octubre de 2016, rad. 45.851; CSJ AP 1093-2020, rad. 54.953 de 10 junio 2020.

¹² CSJ AP, 6 diciembre 2012, rad. 37.370; CSJ SP 8175-2014, rad. 42.422; CSJ AP 2022-2015, rad. 45.138; CSJ AP 6930-2016, rad. 45.851; CSJ AP 4924-2018, rad. 52.232; CSJ AP 127-2020, rad. 53.630; CSJ AP 1093-2020, rad. 54.953; CSJ AP 1880-2018, rad. 52.169; CSJ AP 2768-2021, rad. 56.236 de 7 julio 2021.

¹³ CSJ AP, 6 diciembre 2012, Rad. 37.370; CSJ AP, 19 agosto 2015, rad. 45.891; CSJ AP 1093-2020, rad. 54.953 de 10 junio 2020.

Esto es, como la solicitud de preclusión de la investigación es una exteriorización del derecho de postulación de la parte que la invoca, no puede el juzgador resolver la pretensión por causal distinta a la que fue sustento de la solicitud, pues ello atentaría contra el principio de imparcialidad judicial. En casos excepcionales, por economía procesal, resulta viable decretar la preclusión cuando habiéndose incoado una determinada causal, la argumentación y fundamentación probatoria se dirija hacia otra¹⁴.

10. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA NO GUARDA COHERENCIA ENTRE LA MOTIVACIÓN Y LA PARTE RESOLUTIVA

Si se analiza en detalle la decisión de primera instancia se constata *prima facie* que no guarda coherencia entre la motivación y la parte resolutive, más precisamente, luego de la lectura de la motivación la consecuencia necesaria debía ser la preclusión, así que por este aspecto no guarda coherencia en la disertación.

En efecto, se utilizan las siguientes expresiones en el auto de instancia:

«**hay un rastro de laceración**», según se consignó en la historia clínica.

En la entrevista forense la niña dice que **tiene un secreto**.

Se afirma que: «**dice que hay un secreto con su papá y al preguntar qué secreto tiene con su papá dice “mis juguetes”, al insistir, solo responde “los juguetes” dice que “hacer comida así dormidos” al preguntarle a la niña si el papá le quita la ropa, dice que sí, se insiste con la menor para tratar de entender en qué consiste el juego, pero el lenguaje de ella es escaso e incompleto**».

No podríamos decir tajantemente que no hay revelación por parte de la menor.

Que **hay un secreto con el papá**, no se sabe cuál es el secreto, pero de ahí no puede descartarse el hecho.

No se sabe si el hecho existió o no, **aquí hay una duda**.

«**hay un secreto” no sabemos cuál es el secreto**, porque el lenguaje es escaso e incompleto, **yo no estoy queriendo decir que haya sucedido o no sucedido el hecho**.

Si lográramos verificar cuál es el secreto.

Pero aquí existe duda, existe duda, y el delito existe o no existe,

Que la bañaba eso no es nada del otro mundo para un papá en el ejercicio de las masculinidades, eso yo no puedo decir que sea un delito.

Que **hay una laceración en la vagina**, entonces, no pudiéramos entonces atender de manera absoluta que hay “*una atipicidad de la conducta*”,

Aquí **hay unas dudas que deben ser solventadas**, si no se logra conseguir los elementos, **pues queda la herramienta del archivo**.

¹⁴ CSJ AP 1880-2018, rad. 52.169; CSJ AP 1399-2021, rad. 54.522 de 21 abril 2021.

Pero esas dudas no permiten a este fallador acceder a la preclusión, toda vez que todavía queda por descubrir acá, si quisiéramos hacer uso de la tipicidad de la conducta ***cuál era ese secreto***.

Yo sé que más pruebas más allá de una entrevista que se le pueda hacer a la menor, no se le puede hacer.

11. A PESAR DE LA IMPOSIBILIDAD DE PRACTICAR MÁS PRUEBAS, LA DUDA SE RESUELVE EN CONTRA DEL DENUNCIADO, SEGÚN EL DESPACHO DE INSTANCIA

Para el despacho de instancia, a pesar de la imposibilidad de practicar más pruebas, la duda se resuelve en contra del denunciado.

El 8 de septiembre de 2017, KELLYS MARGARITA GUZMÁN NORIEGA, psicóloga en Salud Total, rindió entrevista ante la Fiscalía General de la Nación y refirió textualmente: «***evidenciando nula evocación de lo sucedido, ella no lo recuerda ni lo manifiesta en sección***».

El 23 de julio de 2015, la doctora ÉRICA MARÍA ZAPATA, psicóloga forense de la Fiscalía General de la Nación, realizó la entrevista forense y consignó en el informe lo siguiente:

ESCENARIO DE LA REVELACIÓN

Se indaga un poco más acerca del juego entre la menor y su papá, pero no hay revelación de alguna situación que manifieste una situación de abuso.

Se le pregunta a la menor si hay secretos y dice que hay un secreto con su papá y al preguntar que secreto tiene con su papá dice “mis juguetes”. Al insistir solo responde “los juguetes”, dice que “hacer comida, así dormidos”; al preguntarle a la niña si el papá le quita la ropa a la niña dice que sí. ***Se insiste con la menor para tratar de entender en qué consiste el juego, pero el lenguaje de ella es escaso e incompleto.***

Es decir, no hay modo alguno que la niña refiera algo sobre el particular.

Como muy bien lo explicó la Fiscal impugnante, se tendría la versión de la madre que es testigo de oídas, insuficiente por sí sola dicha versión, para sustentar siquiera una imputación de cargos.

La preclusión es un mecanismo previsto para terminar el proceso de forma anticipada, puede alegarse en cualquier etapa del proceso e implica la adopción de una decisión cuyo efecto es el de cesar la persecución penal en contra del indiciado respecto de los hechos objeto de investigación, es decir que, **el auto que decide la preclusión, tiene efecto de cosa juzgada¹⁵**.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias C-118/08 y C-591/05. CSJ AP 4756-2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

En la etapa de indagación, estadio preliminar del proceso que inicia con la noticia criminal, basada en una denuncia, querrela, petición oficial o de manera oficiosa (art. 200, L. 906/04), en dicha fase se persigue unos fines específicos, que la Corte de Suprema de Justicia ha reconocido en su jurisprudencia, así:

«hay que recordar que la fase de la indagación tiene como propósitos establecer la ocurrencia de los hechos llegados al conocimiento de la fiscalía, determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, identificar o cuando menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado»¹⁶.

Producto de estas labores, el Fiscal debe sopesar los resultados y tomar una de tres posibles decisiones: *i)* el archivo, cuando constate que no existen elementos que permitan su caracterización como delito o indiquen su inexistencia¹⁷; *ii)* la preclusión, si encuentra que se configura una de las causales consagradas en el artículo 332 del código de procedimiento penal, o una de las causales del artículo 82 del código penal; o, *iii)* la solicitud de audiencia de formulación de imputación, si de los resultados obtenidos se puede inferir razonablemente que el investigado es autor o participe del delito que se investiga¹⁸.

En esta etapa la Fiscalía tiene un rol protagónico, pues la Ley 906 de 2004, en sus artículos 331 a 335, establece que es el único sujeto procesal legitimado para solicitar la preclusión durante la indagación. De ahí que, en esta fase del proceso tenga una alta carga argumentativa y demostrativa para evidenciar que ha efectuado el análisis respecto de todos los posibles hechos punibles puestos a su conocimiento, en la cual e *«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»*¹⁹.

Para este momento del proceso, la Fiscalía es el único sujeto legitimado para solicitar la preclusión y tiene la obligación de examinar todos los hechos que le fueron allegados, con el respectivo análisis de los elementos materiales de prueba, a fin de que el juez decida en derecho sobre la configuración de la causal²⁰.

La decisión de preclusión de la investigación, conforme a lo dispuesto en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, tiene efectos de cosa juzgada, dando así por finalizado el ejercicio de la acción penal de manera anticipada.

La jurisprudencia tiene establecido que la causal que se invoca debe demostrarse de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de ella no exista duda o ***posibilidad de ser desvirtuada con un mejor esfuerzo investigativo***²¹.

¹⁶ CSJ SP, 1 julio 2009, rad. 31.763; CSJ AP 4756-2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

¹⁷ Ley 906 de 2004, artículo 79.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 287 C.P.P.

¹⁹ CSJ AP 3168-2018, rad. 53.107; CSJ AP 4756-2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

²⁰ CSJ AP 4756-2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

²¹ CSJ AP, 24 junio 2008, rad. 29.344; CSJ AP, 27 septiembre 2010, rad. 34.177; CSJ AP, 24 julio 2013, rad. 41604; CSJ AP, 18 junio 2014, rad. 43.797; CSJ AP 242-2020, rad. 55.753; CSJ AP 3289-2020, rad. 57.179 de 25 noviembre 2020; CSJ AP 2521-2021, rad. 53.660 de 23 junio 2021.

En otras palabras, que respecto de la causal que se invoca no «*exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo*»²².

Sus fundamentos, por tanto, no pueden reducirse a una «*simple exposición argumentativa*» de quien la invoca, sino que también debe contar con el respectivo sustento probatorio que permita al juez de conocimiento adoptar la decisión que en derecho corresponda²³.

El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 instituye un trámite que reclama del solicitante demostrar la causal alegada a partir de la presentación de elementos materiales probatorios y evidencias físicas, así como argumentación, que soporten su pretensión.

Sobre el particular, la Corte ha indicado:

«E]l análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso»²⁴.

La solicitud de preclusión de investigación obliga a quien acude a ella, recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa a disposición de la judicatura para verificar la solidez de su estructuración.

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)*»²⁵.

Ahora bien, no porque se detecten algunos síntomas en las partes íntimas de una niña automáticamente la razón es el abuso sexual, y menos en este caso donde se presentaron varias alternativas igualmente plausibles, tales como auto lesionamiento, falta de aseo, etc.

Adicionalmente, no siempre que se hable de un «**secreto**» el mismo automáticamente, como lo sugiere el despacho de instancia, se refiere a secretos de carácter sexual, puede ser, como en este caso, de secretos de juguetes.

12. CONCLUSIÓN

Así pues, a pesar de un mejor esfuerzo investigativo no es posible absolver las dudas que alberga el juez de instancia, razón por la cual se ha de revocar el auto de instancia y decretar preclusión de instrucción.

²² CSJ AP, 24 julio 2013, rad. 41.604; CSJ AP 3288–2014, 18 junio 2014, rad. 43.797; CSJ AP 4388–2018, 3 octubre 2018, rad. 53.564; CSJ AP 1718–2019, 30 abril 2019, rad. 48.492; CSJ AP 242–2020, 29 en. 2020, rad. 55.753; CSJ AP 4745–2021, rad. 54.379 de 6 octubre 2021.

²³ CSJ AP 3289–2020, rad. 57.179 de 25 noviembre 2020.

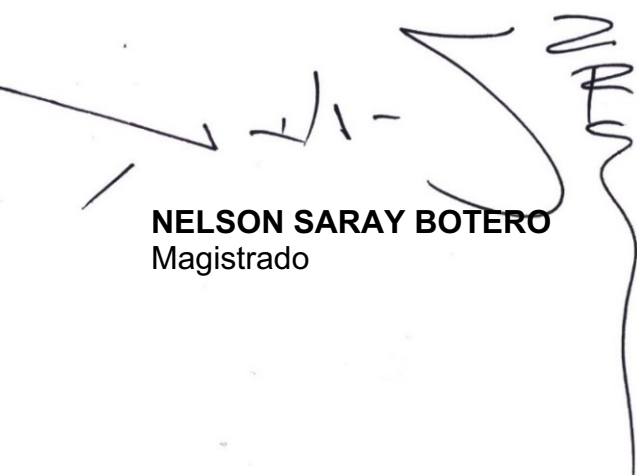
²⁴ CSJ AP, 25 enero 2017, rad. 49.196; CSJ AP 4756–2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

²⁵ CSJ SP, 31 enero 2018, rad. 51.049; CSJ AP 4756–2021, rad. 58.023 de 6 octubre 2021.

13. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) **REVOCA** el auto de instancia, por las razones expuestas; (ii) en su lugar decretar la **PRECLUSIÓN** de la investigación; (iii) ejecutoriado este auto se devolverá al juzgado de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado