



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Auto preclusión: 2022-19549

Aprobado mediante acta: 157

Medellín, septiembre veinticinco (25) de dos mil veintitrés (2023)

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 103 seccional adscrita al CAIVAS y el defensor de Camilo Andrés Corrales Montoya contra el auto del 8 de febrero del presente año proferido por la Juez Veintidós Penal de Circuito de esta ciudad, mediante el cual negó la preclusión en el proceso que se adelanta por la conducta de actos sexuales con menor de catorce años agravado (arts. 209 y 211, numeral quinto¹, del C.P), y que fue solicitada conforme al numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, la *“Atipicidad del hecho investigado”*.

La imputación fue realizada el 4 de septiembre de 2022 de la siguiente manera, a partir del minuto 41:20:

¹ Por la integración a la unidad doméstica.

“Señor Camilo de los elementos materiales probatorios y evidencia física con que cuenta la delegada de la fiscalía se advierten unos hechos jurídicamente relevantes, que presuntamente usted fue capturado el día de ayer, 3 de septiembre del año 2022, a eso de las 20:00 horas en la calle 22 con carrera 59, vía pública del barrio Santa Fe de la ciudad de Medellín, donde presuntamente momentos antes usted presuntamente trató de besar a la fuerza o realizar actos libidinosos, mientras que usted trataba de besar a la fuerza a una menor de 13 años V.G.R, mientras se tocaba las partes íntimas por encima de su ropa interior, lo que llevó a que esta menor presuntamente pusiera en contacto de la señora Ana Romelia Giraldo a través de una llamada telefónica y posteriormente hizo presencia a su casa, donde usted reside, el padre de esta menor, quien presuntamente lo saca de dicho inmueble a las afueras de su residencia y es allí donde proceden, por una llamada que realizaran a la central de radio del 123, hizo presencia la Policía Nacional y se lo quita a la comunidad porque presuntamente lo estaban atacando presuntamente por este hecho. Se tienen los argumentos de esta menor quien lo relaciona en una forma semejante, como se dieran a conocer a través de ese informe de captura en situación de flagrancia, donde también advierte la misma que al parecer usted continuó, cuando se acercó a la cocina y le hizo presuntamente, trató de besarla y se tocaba sus partes íntimas por encima de su ropa, dice la menor que después lo vio a usted en la habitación y que se encontraba desnudo”

ANTECEDENTES

1. La solicitud de preclusión.

El 8 de febrero último, la fiscal presentó solicitud de preclusión en atención a lo reglado en el numeral cuarto del artículo 332 del CPP, por la atipicidad del hecho investigado, en atención a que no ha sido presentado hasta el momento escrito de acusación.

Explicó que solicitaba la preclusión por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado (art. 209, 211 # 5, del C.P), relacionando inicialmente los elementos materiales probatorios: i) el informe de captura en flagrancia², en el cual se señaló la captura de Camilo Andrés Corrales Montoya a eso de las 7:40 de la noche por parte de la Policía Nacional, luego de que se solicitara una patrulla porque la comunidad estaba golpeando a un hombre desnudo, acercándose el padre de la menor Edwin Andrés Giraldo, su abuela Ana Romelia Giraldo Betancur y la joven V.G.R, quienes señalaron que el señor Camilo Andrés vivía en arriendo en una habitación del segundo piso de su casa (calle 20A # 59-59), indicando que V. se encontraba allí sola, el imputado salió de su cuarto *en bóxer*, le preguntó a la joven por qué estaba llorando “y *en ese momento se pasa la mano encima del bóxer tocándose su miembro*” y posteriormente le dice a V. que le diera un beso, la cogió de la cara, pero este no alcanzó a besarla, ya que la menor salió corriendo para su habitación y llamó a sus familiares, quienes sacaron de la casa al procesado y comenzaron a gritarle que era un abusador y por ello los habitantes del sector comenzaron a golpearlo.

También se mencionaron: ii) el acta de derechos del capturado; iii) el informe de ausencia de antecedentes penales del procesado; iv) el informe Ejecutivo del 4 de septiembre del 2022, donde se relacionó el trámite adelantado al recibir la denuncia de la señora Ana Romelia Giraldo Betancur, y las demás labores que realizó, v) la entrevista forense realizada a

² Del 3 de septiembre de 2022.

V.G.R de igual fecha, por la psicóloga del CTI, Mariana Soriana Nieto Ramos, cuyo contenido se describió.

Explicó que por estos hechos se realizaron las correspondientes audiencias preliminares, imponiéndosele al capturado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Posteriormente, se entrevistó al padre de la menor y se realizó un interrogatorio al indiciado, quien detalló lo ocurrido, manifestando que *"me dio el arrebato de pedirle un beso y fue algo como de lástima, me dio como lástima verla llorando y en ese estado, yo llevo viviendo alrededor de 6 meses o 7, y ya la había visto llorar en varias ocasiones en forma continua. Luego de pedirle el beso, ella me dice que no, me dijo no Cami, en ese momento como que caigo en cuenta de la situación y le pido disculpas"*, se fue para el cuarto, se quitó el bóxer dentro de su habitación, *"y a los 10 minutos llegó Edwin, abrió la puerta de la habitación y empezó a agarrarme a golpes junto con otro hombre"*.

En fin, luego de pormenorizar el contenido de ambas entrevistas, manifestó que se solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, a lo cual accedió el juez de control de garantías.

Explicó que la conducta del señor Corrales Montoya no se enmarcaba en ningún delito, pues si bien es cierto la menor se encontraba a solas con él en su residencia, este siendo inquilino tenía acceso a ese lugar y en ningún momento desplegó actos sexuales en su contra, no los realizó en su presencia, ni la indujo a los mismos. La joven señaló que el

señor Camilo Andrés no la tocó en ningún momento en sus partes íntimas y que solo le cogió la cara fuerte y le pidió un beso, aspecto ratificado por su padre, quien señaló que su hija le manifestó que él nunca la acarició, concluyendo la fiscal que no había intención del procesado de estar a solas con la menor, pues incluso desconocía que estuviera en la casa, al punto que él llegó apagando las luces. Si bien ella indicó que observó que el señor Camilo Andrés se tocó en dos oportunidades el pene, ésta no dijo que se lo hubiera mostrado o que se lo estuviera *sobando* o hubiera hecho maniobras de tipo sexual. Tampoco la indujo a prácticas sexuales, ni hablaron sobre esos temas.

Ultimó, entonces, que no había elementos suficientes para continuar con esta investigación, por lo que solicitaba la preclusión por atipicidad de la conducta. No cuenta con pruebas que permitan afirmar con probabilidad de verdad la responsabilidad del procesado, y tampoco existe una conducta típica, ni de manera objetiva ni subjetiva.

2. El auto apelado.

La Juez negó la preclusión de la investigación.

Indicó que si bien en principio compartía los planteamientos de la fiscal, en el sentido de que no había unos actos sexuales, porque conforme a lo narrado por la menor no se presentaban los elementos del artículo 209 del Código Penal, como realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con la menor de 14 años, pues no se presentó ningún tocamiento de carácter

libidinoso. Tampoco se ejecutaron esos comportamientos en su presencia, ya que no se observaba que el señor Camilo haya ejecutado actos de carácter sexual o lascivo en presencia de la joven, y aunque pudo haberse tocado su miembro viril por fuera del bóxer, no se especificó que ese tocamiento haya obedecido a un acto que invitara a algún contacto de tipo sexual, ya que no se metió la mano dentro de la ropa ni exhibió el pene. Se desconoce si el tocamiento era por satisfacer algún tipo de libido, o simplemente fue un acto involuntario o inconsciente.

Explicó que tampoco se indujo a la joven a una práctica sexual, pues no le hizo ninguna invitación a tener algún contacto de esa índole, ni a practicarle algún tocamiento en su cuerpo. El enjuiciado solo le pidió un beso que no se materializó por la propia voluntad de la menor, y aunque se hubiese dado, también resultaba atípica la conducta pues no siempre es un acto de connotación sexual, conforme lo especificó la Corte Suprema de Justicia en radicado 29117, aludiendo también a decisión de este Tribunal.

Destacó que lo argumentado entre la audiencia de medida de aseguramiento y su revocatoria, no es lo que se discute en la diligencia de preclusión, pues se parte de unos hechos que debieron haber sido expuestos desde la imputación, y aunque era cierto que de pronto hubo un malentendido frente a un aspecto, el contenido de la imputación fue similar a lo que develaban los elementos materiales probatorios, respecto de que el imputado trató de besar a la fuerza o realizar actos libidinosos con una menor de 13 años, resaltando que no se estaba juzgando el hecho de que se haya maltratado al

acusado, de que lo hayan visto desnudo, y que lo hayan sacado de la habitación.

Explicó que la menor expresó en la entrevista que "*me cogió la cara así y ella misma se la voltea... y me dijo, Vale dame un besito y me la corrió para donde él... yo le dije no, y me fui corriendo para atrás y ya él se me acercó y me pidió perdón*", situación que considera señala el marco fáctico de la actuación, pues puede tomarse como hecho jurídicamente relevante, y las demás situaciones relativas a si faltó a la verdad o no, a que debe cotejarse con lo dicho por el imputado, o si este está diciendo lo realmente ocurrido, entre otros aspectos atinentes a la valoración probatoria, no es propio de una etapa de preclusión sino de un juicio oral, donde se ejerce la contradicción. En este momento se tiene como guía lo manifestado por la menor, cuyos hechos tampoco fueron negados por el señor Camilo.

Finalmente, expuso que conforme a una decisión de una Sala de este Tribunal, en la preclusión debía hacerse alusión es a los hechos no a la calificación jurídica que en su momento pudo darle la Fiscalía, en respeto al *non bis in ídem*. Las reglas para poder aplicar la causal cuarta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es que la atipicidad debe ser absoluta, y la menor fue clara en decir que el procesado no solo le pidió un besito sino que le cogió la cara muy fuerte, que no la quería soltar. Así que no se trató de una simple caricia o un acercamiento, por lo que puede haber un constreñimiento ilegal (art. 182 del CP), ya que se afectó esa esfera de libertad en cuanto a la movilidad, aludiendo a los elementos que componen esa conducta, concluyendo que pese a que el mismo imputado fue

quien desistió de continuar con la acción, ello no desdibuja que en su momento haya empleado la fuerza en contra de V.

Resaltó, entonces, que hay una atipicidad relativa no absoluta, porque el acto realizado puede ser subsumido por otro tipo penal, siendo objeto de discusión en el juicio la valoración por parte del juez, con base en los elementos que se tengan. La fuerza se ejerció para que la joven hiciera algo (darle un beso), reuniéndose entonces todos los presupuestos del artículo 182 del Código Penal.

3. Los recursos.

La fiscal y el defensor apelaron la decisión, solicitando se revoque la misma y se ordene la preclusión.

3.1. La fiscal expuso que solicita la preclusión del hecho como tal, y en cuanto a lo manifestado acerca de que nos encontramos frente a un constreñimiento ilegal, si observamos lo atinente al título tercero de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, considera que este hecho no encuadra en ninguno de los delitos allí contenidos, pareciéndole por demás desproporcionado "*irnos hasta allá*". El joven desconocía que la muchacha estaba allí, tuvo un encuentro en la casa donde llevaba viviendo 7 meses con la niña, y aunque le cogió la cara con fuerza, se cuestiona si "*esa palabra fuerza*", equivale a una violencia de acuerdo con el espíritu de la norma, de ser así estaríamos llenos de investigaciones. Considera que la violencia de la que trata esta norma es la que socava la autonomía personal, como una

conducta para obligar a otro a realizar un determinado hecho, tolerarlo u omitirlo, generando una afectación personal en quien la padece. Se observó de manera detallada la entrevista de la joven, todo empezó a las 7:15 de la noche y ella llamó al papá a las 7:23, o sea 8 minutos después, y el papá llegó a las 7:25, o sea 10 minutos después, concluyendo que no se estaba ejerciendo la violencia física o psicológica que exige este delito.

Destacó que este tipo de actuaciones son un desgaste para la administración de justicia, porque si bien habría un hecho objetivamente típico (lugar, tiempo y modo), no se estructura la tipicidad subjetiva. No hubo dolo, concluyendo que la fuerza que ejerció este joven sobre la menor, no constituye esa violencia física o psicológica que exige el tipo penal. Se trata de un comportamiento que se desplegó en 8 minutos como para decir que estamos frente a un delito que atenta contra la libertad individual.

Solicitó, entonces, la preclusión absoluta por el hecho investigado, porque no se presentó ningún delito.

3.2. El defensor manifestó que se le indicó a la Juez la causal por la cual se estaba solicitando la preclusión, por atipicidad. Siempre se dijo que existió un hecho jurídicamente relevante, y la fiscal con base en el análisis de los elementos arribó a la conclusión de que la conducta no es típica, pidiendo se analice la trascendencia del hecho, pues si se va a llevar todos los casos donde le *"intentan robar un beso a una joven"*, pues tocaría procesar a un número considerable de la población.

Le parece que en este caso no se constriñó a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, pues tanto es que no se toleró el hecho que la menor dijo que no y llamó al papá para que le dieran una paliza a su representado. En los elementos no se da cuenta de que existe un dolo, acerca de que su representado se autodeterminó para "*hacer eso*". Se trató de un hecho esporádico y espontáneo, arguyendo que este tipo de situaciones no tienen que trascender al derecho penal, pues no se tipifica un delito. La joven dijo que no, retrocedió, él pidió disculpas y le dio la mano.

Expuso que si bien es cierto lo más relevante es la entrevista de la menor, hay otros elementos que merecen ser valorados y que permiten arribar a la conclusión de que esa circunstancia fáctica no constituye un punible.

4. No recurrentes.

4.1. La apoderada de la víctima indicó que continuaba convencida de la petición realizada por la Fiscalía, y que conforme a lo reiterado por la Corte Constitucional, en este caso no se alteró la autodeterminación de la joven, ni se afectó su capacidad de reflexión, porque ella tuvo la libertad de decirle que no, "*no quiero, no le voy a dar ningún beso*", y tuvo también la autonomía y libertad para apartarse, retroceder y alejarse del procesado, quien le estaba haciendo esta petición. Comparte la tesis de la Fiscalía de que no se presentó un hecho de violencia o fuerza, ni existió un propósito de carácter libidinoso, mucho menos se trató de agredir o lesionar a esta menor.

Expresó que a la menor en este caso no se le vulneró esa autonomía ni se le coartó la libertad para autodeterminarse o para elegir, y por eso se cumple con los presupuestos para que no tenga que encauzarse esta conducta en otro hecho punible como es el de constreñimiento ilegal.

4.2. La procuradora judicial solicitó que se confirme la decisión de primera instancia en la medida que considera que su pronunciamiento está ajustado a derecho, criticando que la fiscal estaba trayendo a colación en la apelación argumentos que no había tenido en cuenta cuando solicitó la preclusión, sin enmarcar la conducta en un delito de acto sexual abusivo.

Consideró que la Juez explicó muy bien cuál fue la fuerza, indicando que precisamente lo que trató fue de doblegar la voluntad de la menor para que le diera el beso, le movió la cara e incluso ella tuvo que retroceder, y si bien la fiscal dijo que no había dolo, se trata de un nuevo argumento que no tiene fundamentación de tipo probatorio.

Resaltó que no dijo que había un constreñimiento ilegal, sino que posiblemente lo había, y aunado a lo que dijo la Juez, tiene que haber una atipicidad absoluta, lo que no quiere decir que, en otro momento procesal, cuando la Fiscalía avance en la investigación, se puedan obtener nuevos elementos que indiquen que el comportamiento no se enmarca en un acto sexual, en un constreñimiento o en otro delito. La primera instancia argumentó cuál era la violencia, respondiendo los planteamientos de porqué se podía enmarcar el hecho en otro tipo penal. No solo se trató de un joven que le pide un beso a una niña de 13 años, sino que la iba a forzar porque le cogió

la cara y ella retrocedió, por lo que considera que la conducta debe ser investigada, a más de que estamos en presencia de una menor de edad.

Indicó, para terminar, que el tema del dolo debe ser debatido en otro momento procesal, y que no desconoce el cúmulo de trabajo que tiene la Fiscalía y los juzgados, pero ello no puede conllevar a la preclusión o que se pretenda no darle el realce que requiere cualquier tipo de investigación. Debe analizarse cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos, destacando que no son situaciones similares a este comportamiento, cuando el novio le roba un beso a la novia, o el amigo a la amiga.

CONSIDERACIONES

Verificado el cumplimiento mínimo de la carga procesal de una debida sustentación de las razones de disenso y atendiendo a la limitación del recurso, nos corresponde resolver el problema jurídico atinente a la viabilidad de preclusión por la atipicidad del hecho investigado, cuya negativa discute la Fiscalía en atención al contenido de los elementos materiales probatorios recaudados, que permiten concluir la ausencia de estructuración de cualquier conducta punible

Para comenzar nuestro análisis, debemos destacar que el 4 de septiembre de 2022 se entrevistó a la menor V.G.R., de 13 años de edad, quien indicó, en lo que nos interesa resaltar (a partir del minuto 7:34), que la noche anterior, a eso de las 7:15 de la noche, cuando se encontraba en la cocina tomando

agua, llegó Camilo y le preguntó porque estaba llorando y posteriormente *"me dijo Vale me va a hacer un favor, yo le dije sí dígame, y me dijo dizque me va a dar un besito y me cogió la cara muy fuerte, entonces no me quería soltar"*, especificando que sólo tenía bóxer, y antes de eso *"él se estaba tocando el pene, se lo estaba moviendo"*, y que le contó al policía *"no se él que estaba haciendo, pero él ya desde ahí se le veía mero bulto..."*.

Más adelante especificó que *"cuando fue que me cogió la cara y me estaba intentando besar y yo le dije Camilo no y me estaba corriendo pa atrás y él era acercándoseme y ya él me dijo Vale no perdóneme, me cogió la mano y yo le puse los dedos como aquí (muestra sus dedos tocando los de él), y ya me fui super despacio porque sentía que si salía corriendo él ya iba a pensar algo malo y me iba era como a matar y entonces fui y de una llamé a mi papá y le dije pá Camilo me intentó besar..."*, cuando su padre fue a la casa, Camilo estaba en la habitación de él totalmente desnudo, el papá tenía mucha rabia, le pegó y lo sacó de la casa así como estaba, y varios integrantes de la comunidad lo golpearon.

Concretó que llamó al papá a las 7:23 *"y mi papá llegó a las 7:25"*, el hecho la dejó *"marcada"*, porque en general ha vivido situaciones que *"son muy feas"*, padece de depresión y está tomando medicamentos para ello.

También expresó que previo a lo acontecido, Camilo estaba apagando las luces *"como desde el patio"*, le apagó la luz de la cocina y le dijo *"Camilo estoy acá no me la apague"*, éste le pidió disculpas y luego ocurrieron los hechos. Se movió el pene

“como dos veces” por fuera del bóxer, y ya fue cuando se acercó “a la puerta de la nevera y ya cuando me intentó besar”. Reiteró la forma en que le cogió la cara tratando de besarla: “él me cogió la cara así (pone su mano por debajo del mentón), me dijo dizque Valen me vas a dar un besito y me la corrió pa donde él y ya habíamos quedado como así (señala la cercanía con su rostro), yo le dije Camilo no, y me le fui corriendo para atrás y él se me acercó y me dijo no Valen perdón, yo que estoy haciendo, y me dio la mano y yo no se la di porque tenía mucho miedo, pues medio se la di así, y salí pues andando rápido...”.

La discusión propone, superada la tesis de un posible delito sexual en la primera instancia, el acaecimiento de un eventual constreñimiento ilegal por la supuesta fuerza ejercida por el imputado respecto de la menor, para que ésta le diera un beso, planteamiento que no compartimos.

El artículo 182 del Código Penal establece como constreñimiento ilegal: *“El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión...”.*

En relación con este contenido, la Sala Penal de la Corte ha insistido que el verbo rector se configura al: *“obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta*

a la que hubiese realizado en condiciones diversas³, y en nuestro caso ninguna alteración a la autonomía de la joven V. podemos observar.

La Juez entendió del dicho de la menor, que a partir de la fuerza que ejerció el imputado en su rostro para que le diera un beso, podía entenderse un acto de violencia para soslayar su consentimiento, pero no avanzó en analizar que ese movimiento, que entendemos ocurrió de manera rápida, incluso si se observa el detalle de la declaración, ocurrió mediando una petición (*"Vale me va a hacer un favor... me va a dar un besito"*), no alteró de ninguna manera la determinación de la joven, quien recordemos de inmediato se negó, retrocedió y se fue del lugar.

La norma exige un acto de intimidación, como se concluyó en la decisión de la Corte antes referida, capaz de subyugar *"el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas que intimiden a alguien con el anuncio de la provocación de un daño o mal futuro, que, en todo caso, no deba soportar⁴"*, y ni lo uno ni lo otro. La joven, pese al susto que le generó la situación, decidió de manera libre no acceder a la propuesta, retirarse y contarle lo sucedido a sus familiares más cercanos, actos propios del ejercicio de la autonomía personal, que es el bien jurídico que está protegiendo el tipo penal.

La joven, con 13 años de edad para el momento de los hechos, en ningún momento refirió alguna insistencia por parte del

³ Negrilla nuestra. Reiterada por ejemplo en auto del 8 de febrero último, radicado 61277 (AP442-2023).

⁴ Cfr. CSJ AP911-2019, Rad. 53159.

imputado, tampoco algún acto de violencia o persecución pese a encontrarse solos en la residencia; y de lo dicho por la denunciante, su abuela Ana Romelia Giraldo Betancur, y por su padre, el señor Edwin Andrés Giraldo Betancur, solo pueden entenderse agregados indebidos por parte de la primera, pues no estuvo presente en los hechos, reconociendo el segundo que cuando llegó a la casa abrió la puerta de la habitación del imputado de un golpe, le pegó, *“pero después me di cuenta que en verdad él nunca la tocó y esto me lo dijo mi propia hija, que no la había tocado y nada más”*.

En conclusión, al no observarse estructurada la tipificación de la conducta de constreñimiento ilegal, tampoco otro tipo penal conforme a los hechos narrados por la menor V.G.R., se revocará la decisión de primera instancia por la atipicidad del hecho investigado, según lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Conforme a lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:

RESUELVE

Revocar el auto que por apelación se revisa y, en su lugar, decretar la preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado, conforme a lo descrito en el numeral cuarto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Se informa que contra la presente decisión, que se notifica en estrados, no proceden recursos.

Cítese a audiencia para su notificación.

Cópiese y cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN