



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador

Santiago Apráez Villota

Aprobado Acta No. 166

Medellín, noviembre dos (2) de dos mil veintidós (2022).

En audiencia celebrada el pasado 8 de julio el Juez 11 Penal del Circuito de Medellín negó la preclusión solicitada por la representante de la Fiscalía General de la Nación en favor de James Darío Guarín Perea por la causal 6ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004, determinación contra la cual mostraron su inconformidad el defensor, la apoderada de víctimas y el representante del Ministerio Público, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

ANTECEDENTES

1. La señora Luz Marina Henao Serna formuló denuncia en materia criminal el 13 de agosto de 2011 en contra de su excompañero permanente y padre de sus dos menores hijos James Darío Guarín Perea ante la Unidad de Reacción Inmediata Centro (URI) de la Fiscalía General de la Nación, a quien sindicó de haberla accedido carnalmente mediante

la fuerza en varias oportunidades, durante los días 2, 3 y 10 de ese mismo mes, al interior de la vivienda ubicada en la calle 102 No. 40-97 de esta ciudad.

2. Una representante de la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación a Guarín Perea como autor de un concurso sucesivo y homogéneo del delito de acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211.5 del código penal) en audiencia celebrada el 8 de septiembre de 2020 por la Juez 39 Penal Municipal con función de control de garantías, cargo que no fue aceptado por el procesado.

3. La Fiscal 37 Seccional presentó escrito de acusación en contra del imputado por la comisión de ese mismo delito y, en consecuencia, la actuación pasó a conocimiento del Juez 11 Penal del Circuito, quien convocó a la audiencia respectiva; no obstante, a solicitud de la misma representante del ente acusador la audiencia fue mutada por una de preclusión, la cual se llevó a cabo el 8 de julio de la presente anualidad, en desarrollo de la cual la representante del ente acusador elevó su solicitud en los términos de la causal 3ª del artículo 332 del código de procedimiento penal (inexistencia del hecho investigado), siendo coadyuvada por las demás partes e intervinientes, incluida la apoderada de víctimas, quien expresó que su representada no tenía interés en continuar con la actuación.

3.1. En orden a que se atendiera su pretensión, la Fiscal 37 Seccional expresó en síntesis que, si bien la víctima denunció el 13 de agosto de 2011 unos hechos que encuadran en el delito de acceso carnal violento, en una entrevista que rindió el 12 de noviembre de 2020 a la investigadora, cuando este le pidió que narrara lo ocurrido, indicó que lo había denunciado porque tenía mucha rabia debido a su infidelidad y al incumplimiento de sus obligaciones alimentarias luego de su separación, que *“ella sabe que es un error muy grande que ella cometió...pero que definitivamente ella necesita aclarar esta situación frente a que el hecho nunca existió y que esa denuncia es por rabia.”*

Agregó la Fiscal que, conocida esa entrevista, se comunicó con la señora Luz Marina, quien le corroboró lo anterior e incluso le pidió que se comunicara con un hermano de nombre Orlando, el cual fue contactado por la investigadora y en una entrevista rendida el 24 de septiembre de 2021, al ser preguntado por los hechos, indicó que su hermana denunció a su expareja por una discusión que habían tenido y que no había medido las consecuencias de su acto.

En apoyo de su solicitud la representante de la Fiscalía presentó copia de la denuncia y de las entrevistas respectivas.

3.2. Los representantes del Ministerio Público, la víctima y el defensor estuvieron de acuerdo con la solicitud, aunque el primero planteó la posibilidad de atender la solicitud con fundamento en la causal 6ª del artículo 332 por la imposibilidad de contar con “*otro material que nos permitiría adelantar el proceso*”, siendo coadyuvados por los demás representantes.

4. El funcionario de conocimiento negó la solicitud al considerar que de los elementos materiales probatorios aportadas por la fiscalía no era posible predicar que los hechos no existieron, decisión contra la cual el defensor y el representante del Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación, mientras que la apoderada de víctimas interpuso el de reposición y subsidiario de apelación, que sustentaron oportuna y adecuadamente; negado el recurso horizontal por el juez, se procedió a conceder la alzada, razón por la cual la actuación se remitió a este Tribunal.

4.1. Para negar la preclusión el juez expresó que solo se pronunciaría por la causal aducida por el representante de la Fiscalía siguiendo línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de los radicados 28908, 31780 y 37360, de manera que, en su sentir, con apoyo los elementos materiales probatorios

aportados, no se “*obtiene la certeza de que el hecho material no aconteció*”, como que no se sabe ciertamente si lo referido en la denuncia o en la retractación por la señora Luz Marina corresponda a la verdad.

4.2. Al sustentar los recursos de apelación y subsidiario de apelación, la representante de la víctima expresó que no encuentra que a la Fiscalía le haya faltado algún acto de investigación para efectos de poder llevar a juicio al imputado y que a pesar de la escasez del material probatorio debía tenerse en cuenta que la víctima es mayor de edad, los hechos ocurrieron hace muchos años y ella le manifestó que estaba de acuerdo con la preclusión y no iría a declarar en juicio en contra el padre de sus hijos, existiendo la probabilidad que hubiera denunciado los hechos falsamente por los motivos que puso de presente, de modo que la preclusión encajaría dentro de la causal 6ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

4.3. Por su parte, el procurador 122 Judicial II Penal consideró que, contrario a lo decidido, el juez podía pronunciarse sobre otra causal diferente a la aducida por el solicitante, como debió ser por la invocada por él en su condición de Ministerio Público, como que lo dicho por la víctima en la denuncia se encuentra limitado por la retractación ofrecida, las escasez de los elementos probatorios con los que se podría contar, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, las manifestaciones que la víctima hizo a su representante de haber actuado por rabia y celos y la posibilidad de acogerse a su derecho a no declarar.

4.4. Al mostrar su inconformidad con lo decidido, el defensor recordó que el juez puede precluir por otra causal diferente a la invocada por el solicitante en aras de darle prelación al principio de presunción de inocencia.

5. Como no recurrente se pronunció la representante de la Fiscalía para señalar que, si bien no interpuso ningún recurso, invitó al funcionario de

conocimiento a evaluar la posibilidad de admitir la preclusión por la causal sugerida por los recurrentes en atención a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia proferida dentro de los radicados 01586 de 2014, 35826 de 2011, 05151 de 2016.

6. El funcionario judicial negó la reposición y concedió el recurso subsidiario de apelación, al señalar que no censura a la Fiscal por invocar la causal 3ª, pero es que *“la elección de la causal marca demasiado la forma en que se sustenta y acredita adecuadamente su configuración y aquí básicamente se habló de los elementos precarios”* y atendiendo a los elementos probatorios presentados no podría concluirse en el grado de certeza que la conducta no existió; aunque de todas maneras agregó que frente a la otra causal la fiscalía tendría la obligación de fundamentar, desarrollar y acreditar desde un principio que la investigación fue decantada al punto de haber llegado al límite extremo de lo racional, lo cual no hizo en su sentir sino que se dedicó a acreditar que el hecho no existió, por lo que ello lo condujo a analizar la causal invocada, negando la reposición en salvaguarda de la situación de la víctima.

7. Al descorrer nuevamente el traslado a los recurrentes éstos mantuvieron su postura con fundamento en la posibilidad que tenía el juez de precluir por la causal 6ª con base en los mismos elementos probatorios aportados por la fiscalía.

SE CONSIDERA

Atendiendo a la legitimidad e interés que asiste a los inconformes para apelar la providencia que negó la preclusión solicitada en favor del imputado, procede la Sala a pronunciarse sobre la juridicidad y acierto de la misma.

Los recurrentes reconocen, incluso el mismo funcionario de conocimiento, que los elementos probatorios recogidos por la representante del ente acusador resultan escasos en orden a sostener la existencia o inexistencia de los hechos narrados en la denuncia formulada por la señora Luz Marina Henao Serna.

Si bien la representante del ente acusador elevó su solicitud de preclusión con base en la causal 3ª del artículo 332 (inexistencia del hecho investigado) al estimar que otorgaba credibilidad al dicho de la procesada que se encuentra contenido en una entrevista rendida el 2 de diciembre de 2020, en la que dijo que no eran ciertos los hechos por ella denunciados y que incriminó a su excompañero sentimental por rabia debido a su infidelidad y al incumplimiento de sus obligaciones alimentarias, lo cierto es que invitó al juez, previo a resolver la reposición, a atender la solicitud del representante del Ministerio Público, coadyuvado por el defensor y la representante de la víctima, en el sentido de admitir la preclusión por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (causal 6ª), con lo cual parece estar de acuerdo con la conclusión a la que arribaron los inconformes sobre el particular.

En realidad, aquello que se tiene de los elementos probatorios y de la información legalmente recaudada por la fiscalía es que el 12 de agosto de 2011, esto es hace más de doce (12) años, la señora Luz Marina Henao Serna acudió a la Fiscalía a denunciar a su excompañero James Darío Guarín Perea -con quien dijo haber vivido 17 años hasta 12 días antes a esa fecha en que se separaron y procreado dos hijos-, por haberla accedido carnalmente y mediante el uso de la fuerza física en la noche del 2 de agosto de ese mismo año en tres oportunidades con el argumento *“él era quien pagaba el arriendo y que tenía derecho a estar conmigo cuando él quisiera”*.

Un mes y medio después (23 de septiembre de 2011), cuando fue entrevistada por una representante del ente acusador expresó que su excompañero la penetró sexualmente por la fuerza en dos ocasiones, en

la noche del 2 de agosto y a las cinco de la mañana del día 3, y al ser interrogada si esos hechos se habían repetido en otras ocasiones respondió que ocho (8) días después la había accedido amenazándola con un cuchillo, relatando las circunstancias modales en que ello ocurrió.

En una nueva entrevista rendida en comunicación telefónica con una asistente de la Fiscalía el 2 de diciembre de 2020 por razón de la pandemia, luego de celebrada la audiencia de formulación de imputación (septiembre 8 de 2020, la denunciante expresó que *“yo no fui al médico porque él a mí no me hizo nada, yo denuncié en realidad por rabia, lo que pasó en realidad fue porque yo me separé de James Darío, no porque él me pegara y me hiciera cosas malas, ni porque abusara de mí, ni nada de eso, sino porque él se consiguió demasiadas mujeres y me las presentaba, me las llevaba a la casa, él era muy infiel y muy descarado, una vez llevó a una de esas mujeres a la casa y ella se me presentó como la novia de él, y a mí por esa razón se me acabó el amor por él, después de esto yo hablé con James Darío y le dije que no quería estar más con él porque yo no lo quería, yo denuncié eso por rabia porque cuando yo me fui de la casa y cuando me separé de él, él me dijo no te voy a ayudar con nada y entonces yo me fui y lo demandé por inasistencia alimentaria y simultáneamente por el abuso sexual, pero eso no fue verdad, yo después como hace unos 4 o 5 años, fui a la fiscalía donde la inasistencia alimentaria y retiré la denuncia y también pregunté en San Diego por la denuncia de abuso sexual para retirarla y me dijeron en ese momento que el caso estaba archivado. Yo a él no lo quiero perjudicar, él no es mala persona y él es el papá de mis hijos...Uno comete muchos errores, yo soy consciente que los asuntos con la fiscalía son cosa muy seria y por eso yo quería aclarar las cosas y decir que yo había puesto las denuncias porque tenía mucha rabia...”*.

Como la entrevistada expresó que los miembros de su familia podían dar cuenta de ello, una investigadora judicial recibió entrevista a Orlando de Jesús Henao Serna, hermano de la denunciante, quien dijo que cuando le preguntó a su hermana porqué había formulado la denuncia ella le expresó que lo había hecho *“por impulso, por una discusión que ellos*

habían tenido y no midió las consecuencias de lo que hizo, yo la verdad no sé de los problemas de ellos, directamente, sé que él si había sido mujeriego y tiene problemas de consumo de drogas...”.

Si bien en esta entrevista Luz Marina Henao Serna libró de toda responsabilidad a su excompañero aduciendo que lo denunció llevada por la rabia que sentía contra él en razón a su infidelidad y al incumplimiento a sus obligaciones alimentarias, la verdad es que no es posible desechar a estas alturas sus manifestaciones iniciales realizadas en la denuncia y en la ampliación de la misma, como quiera que ella suministra precisos detalles de lo sucedido que ponen en duda la inexistencia de los hechos y que no permiten llegar a la convicción que demanda la preclusión en los términos de la causal 3^a, como así lo admiten las partes e intervinientes. Y es que basta una lectura desprevenida de la entrevista que la denunciante rindió el 23 de septiembre de 2011 para percatarse que ella suministra las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue obligada a mantener relaciones sexuales por su excompañero, para llegar a pensar que la retractación pudo deberse a la necesidad de querer favorecer a su excompañero, lo cual se denota cuando en la última entrevista informa que habló con el abogado de James antes de la audiencia (al parecer de formulación de imputación), lo cual insinúa la posibilidad de que fue influenciada en ese sentido, y además cuando expresó que quería saber *“qué puedo hacer para ayudarlo a James, yo no lo quiero perjudicar, a él no lo pueden condenar si yo tengo todos los papeles, y mi familia puede testificar que no ocurrió nada de eso.”.*

No obstante, tampoco habría lugar a afirmar lo contrario, como que las motivaciones que expuso como el origen de su denuncia no son del todo descartables, máxime cuando se pusieron de presente situaciones relaciones con un grave conflicto conyugal y familiar que condujeron incluso a la denunciante a demandar a su excompañero por inasistencia alimentaria, incluso como dijo en su primera entrevista por acoso y hurto, siendo posible entonces en ese escenario que hubiera podido inventar aquello que denunció en la Fiscalía, amen que si se compara la

denuncia con aquello que expresó el 23 de septiembre no resulta del todo coincidente.

Pero también es cierto que el paso del tiempo y el material probatorio con que se cuenta vienen a atentar significativamente con el esclarecimiento de la verdad y en esa medida no le falta razón al representante del Ministerio Público cuando aboga por la preclusión en los términos de la causal 6^a, esto es por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Por lo primero, si bien entiende la Sala los problemas de orden administrativo que agobian a la Fiscalía, resulta cuestionable que pasados varios años desde la ocurrencia de los hechos apenas ahora se venga a impulsar la actuación, cuando ello va en detrimento del recaudado probatorio y principalmente afecta el proceso de rememoración de los testigos puedan venir a deponer en un eventual juicio.

Y, por lo segundo, dadas las características de esta clase de delitos atentatorios de la libertad sexual, que suceden en el estrecho círculo de los involucrados (víctima y victimario), con lo único que se podría contar a futuro sería con el testimonio de la ofendida, pero ya está visto que en este caso la señora Luz Marina Henao Serna no sólo se retractó de su denuncia sino que a través de su representante hizo saber que no estaría dispuesta a declarar en contra de su excompañero, por lo que resulta infructuoso que la Fiscalía pueda comprometerse en un juicio cuando de antemano la única prueba a tener en cuenta para el efecto sería aquel testimonio, cuyo sentido ya se conoce.

En esa medida cobra importancia el planteamiento del procurador, coadyuvado por los demás sujetos procesales, pues si no existe otro material probatorio por recaudar la presunción de inocencia resulta imposible de desvirtuar a estas alturas, máxime que se encuentra más

que vencido el término que tenía la Fiscalía para formular la acusación, como que la formulación de imputación se realizó el 8 de septiembre de 2020.

El funcionario de conocimiento rechazó la solicitó de preclusión porque en su sentir, siguiendo alguna línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no está en posibilidad de precluir por una causal distinta a la solicitada por la fiscalía, pero también es verdad que, como lo pusieron de presentes los sujetos procesales, la misma Corte no ha sido pacífica sobre el particular y es así como en sentencia del 25 de junio de 2014 recaída dentro del radicado 42422, señaló:

“[...] sin desconocer que la titularidad de la acción penal recae, según lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, en la Fiscalía General de la Nación, y que el carácter de adversarios y el sistema de partes previsto en la mencionada reforma constitucional excluye actuaciones de la judicatura diversas a las propuestas por esta institución, que es la llamada a promover su actividad, este asunto plantea una tensión entre la rigurosidad de tal postulado y la eficacia en la administración de justicia que, como principio rector de la actuación procesal y criterio de orientación hermenéutico, conlleva a que deba modularse aquel axioma. Lo anterior, porque el discurso de la Fiscalía permite entrever, aun cuando fue vacilante, la atipicidad de la conducta.

Esta postura no es novedosa, ya que la Sala, en el pronunciamiento citado con antelación, ha admitido que “la tendencia actual se dirige a que no solo con relación a la causal alegada se pueda decretar la preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura”, sin que ello signifique inmiscuirse en el rol de la Fiscalía atendiendo hipótesis en las que, como en el sub examine, se brinden por parte de sus Delegados elementos de juicio encaminados a la demostración de tal circunstancia, o sea, de que opera la preclusión.

Además, se debe aplicar el principio de caridad que en lenguaje argumentativo implica trascender, dado el caso, de la presentación formal del discurso jurídico al análisis conceptual que formula, siempre que sin dificultad se pueda deducir. [...].”.

En el caso sometido a estudio de la Sala, si bien la Fiscalía solicitó la preclusión por inexistencia del delito investigado, la verdad es que su representante terminó invitando al juez a tener en cuenta la posibilidad de estudiar la presencia de la causal relativa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia invocada por el Ministerio Público, respaldado por el defensor y la misma representante de víctimas; de modo que atendiendo a ello y a que el término previsto en el artículo 294 del estatuto procesal penal se encuentra más que vencido, el material probatorio recaudado resulta insuficiente para formular acusación y no existe posibilidad de recaudar otras pruebas, procederá, sin otras consideraciones, a revocar la determinación adoptada por el funcionario de conocimiento y a precluir la actuación en los términos de la causal 6ª del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

Revocar la determinación adoptada por el Juez 11 Penal del Circuito de Medellín y, en su lugar, precluir la actuación en favor de James Darío Guarín Perea, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.333.201, en los términos de los artículos 331 y 332.6 de la ley 906 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Realizada la audiencia de lectura de esta providencia por el Magistrado Sustanciador, en la cual se notificará a las partes e intervinientes su contenido, a su ejecutoria regrese la actuación al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Cúmplase.



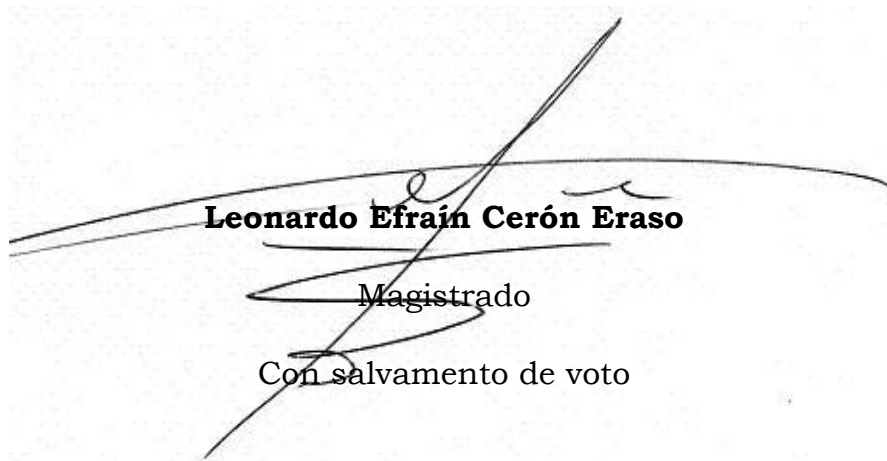
Santiago Apráez Villota

Magistrado



Óscar Bustamante Hernández

Magistrado



Leonardo Efraín Cerón Eraso

Magistrado

Con salvamento de voto



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA DE DECISIÓN PENAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado 2011-51517

Con todo respeto manifiesto mi inconformidad con la decisión de la Sala por cuanto como la solicitud de preclusión se hizo antes de iniciarse el juicio (no se había verbalizado la acusación), de acuerdo al artículo 332 procesal, la única parte legitimada para hacerla por todas las causales es la Fiscalía y por tanto la única legitimada para impugnarla, tal como de manera categórica y pacífica lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto ha afirmado:

La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estar a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal (autos del 1° y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente).

Así, la regla general respecto de que las providencias interlocutorias, carácter que ostenta la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso, debe ser valorada de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía¹.

Y de manera más reciente:

En este sentido, advertida la Sala de la tarea de simple coadyuvancia atribuida a la defensa cuando se trata de la facultad que por ley se atribuye a la Fiscalía para solicitar en la etapa investigativa la preclusión de la acción penal, se ha entendido necesaria consecuencia lógico –jurídica de ello, que similar papel desempeñe en las posibilidades de impugnación, esto es, que al carecer de legitimidad en la pretensión, no puede oponerse de manera directa a la decisión denegatoria y, en consecuencia, su intervención en este caso depende de que la Fiscalía efectivamente controvierta lo resuelto por el A quo, en cuyo caso el traslado para el defensor opera en calidad de no impugnante, limitado por los argumentos del apelante, a fin de coadyuvarlos.²

¹ Cita que se hace en CSJ, AP2655, Rdo. 49993, de Abril 26/17

² CSJ, AP1880-2018, Rad. 52169, May 9/1

En ese sentido, como en este caso la negativa de la preclusión fue apelada por la defensa, la representación de las víctimas y el Ministerio Público más no por la Fiscalía, lo que correspondía era el rechazo de los recursos por falta de legitimidad.

Fecha *ut supra*,



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado