

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – CAUSAL 3ª DEL ARTÍCULO 332 del CPP
INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO: para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – CAUSAL 3ª DEL ARTÍCULO 332 del CPP
INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO: No se configura.

(...)La Sala encuentra visiblemente imperfecta la deprecación de la Defensa, porque para que la solicitud de preclusión compagine con la causal tercera que propone, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico de contenido erótico sexual denunciado, del cual se auto postula como víctima la joven (...), por el comportamiento antijurídico que le atribuye a su ex novio (...), el cual ella insistentemente refiere que trascendió al entorno objetivo.

Este supuesto de preclusión exige la constatación de una situación fáctica sobreviniente, la que permitiría establecer más allá de cualquier duda razonable que los acontecimientos denunciados no han tenido ocurrencia, lo cual, en este caso, si en gracia de discusión se aceptara, no tiene ninguna vocación de prosperidad porque el Defensor lo que aborda de manera anti técnica y apresurada es una crítica a los fundamentos probatorios de la acusación, pretendiendo derruir los cargos en fase de audiencia preparatoria, con una valoración superficial de la evidencia preliminar ofrecida o descubierta por la Fiscalía para el desarrollo del juicio oral, lo que no es propio de aquella oportunidad procesal.(...)

(...)queda al descubierto lo endeble del argumento expuesto por la defensa como base de su petitorio de PRECLUSIÓN, porque el dictamen pericial con que se cuenta en el trámite NO es conclusivo de la inexistencia del hecho de contenido sexual que se le atribuye.(...)

Auto Interlocutorio No:	13
Radicación:	520016000485-2016-00016 NI. 25842
Procesado:	EJAR
Delito:	Acceso carnal violento agravado.
Acta de aprobación:	82 del 29 de Marzo de 2022

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, cuatro (4) de abril de dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el doctor JOSÉ BOTINA INSUASTY, contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto el 14 de agosto de 2019, por medio del cual se abstuvo de decretar la preclusión solicitada en favor de su cliente EJAR, quien ha sido vinculado como autor material del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO EN MODALIDAD AGRAVADA, en el cual figura como víctima APOG.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Se reporta en el escrito de acusación que los hechos materia de juzgamiento tuvieron ocurrencia en horas de la madrugada del día 1° de enero de 2016, después de la celebración de la llegada del año nuevo, cuando la jovencita APOG de 18 años de edad se dirige a la residencia de su novio EJAR ubicada en el Barrio Nueva Colombia de la ciudad de Pasto; éste se encontraba en estado de ebriedad y manifestó su deseo de sostener relaciones sexuales con su pareja, lo cual no fue aprobado por ella dado el estado de embriaguez alcohólica que presentaba. Se indica que EJ hizo sentir su enojo por la negativa, pero se quedó dormido. Aproximadamente a las 5 de la mañana AP se levantó con el fin de regresar a su casa y decidió despertar a su novio para despedirse, ante lo cual EJ se tornó violento, la agredió física y verbalmente, le propinó puñetazos en su cabeza, le golpeó la cara, la jalonaba del cabello y le daba patadas en varias partes de su cuerpo. En los intentos por defenderse AP rasguñó el rostro de su agresor, por lo que él intentó asfixiarla y a ultrajarla verbalmente; pese a las súplicas de su novia para que le permitiera regresar a su casa, la obligó a

retirarse la ropa que vestía, la accedió carnalmente en contra de su voluntad y además le introdujo los dedos en su vagina. Pasado un tiempo el sujeto volvió a quedarse dormido, momento aprovechado por AP para intentar salir de la habitación, pero es alcanzada por EJ que trató de impedirsele, momento en el cual ya intervino la madre del sujeto que habilitó la posibilidad de salir del lugar.

El día 1° de junio de 2018 fue formulada imputación en contra del filiado EJAR ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí (Antioquia), al haber sido capturado en esa zona del país por orden judicial; se le atribuyó autoría material en el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO, establecido en el artículo 205 del Código Penal, en la modalidad agravada, por la circunstancia específica del artículo 211 numeral 2 del Código Penal, que opera cuando *“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o impulse a depositar en él su confianza”*.

Radicado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, en donde se surtió audiencia de Formulación de Acusación el día 18 de marzo de 2019, ratificándose los cargos anteriores. Se surtió el debido descubrimiento probatorio por parte a la Fiscalía a la defensa, integrada por el formato único de noticia criminal, unas entrevistas practicadas a la víctima, informes periciales de psiquiatría y psicología forenses, un informe de lofoscopia, un informe de investigador de laboratorio, unas entrevistas a los señores RHOG y DYGM, al igual que un interrogatorio del 6 de agosto de 2018 rendido por el acriminado.

Fue abierta la audiencia preparatoria el día 14 de agosto de 2019 a las 2:45 de la tarde, en cuyo acto se le concedió el uso de la palabra al apoderado de la defensa doctor JOSÉ BOTINA INSUASTY, quien

expuso solicitud de preclusión de la investigación en favor de su cliente, aduciendo que de la revisión de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que le había descubierto la Fiscalía, podía advertir la INEXISTENCIA DEL HECHO investigado, lo que se constituye en la causal de preclusión establecida en el artículo 332 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal. Se habilitó el trámite legal para que las partes e intervinientes se pronunciaran sobre el petitorio y el Juzgador de Primer Grado decidió despachar desfavorablemente la solicitud preclusiva, auto que fue impugnado a través del recurso de apelación por el apoderado de la defensa, cuyo trámite ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El apoderado de la Defensa, doctor JOSÉ BOTINA INSUASTY, puso de presente que estaba habilitado por la ley procesal penal para deprecar la preclusión de la causa seguida contra su cliente, y la fundó en la causal 3ª del artículo 332 procesal penal. Inició con una revisión de la denuncia formulada en contra de su patrocinado AR por su ex novia APOG, aduciendo que ella no había sido persistente no consistente en las demás entrevistas que había rendido en la fase de indagación ante la Fiscalía y ante la perito de Medicina Legal. Hizo especial énfasis en un dictamen base de opinión pericial suscrito por la médico legista del Instituto de Medicina Legal ALEJANDRA ENRÍQUEZ ARISMENDI, quien al día siguiente de los hechos precisó que la denunciante presentaba rasgos de una penetración o de desgarró antiguo, lo que médicamente ocurre después de diez (10) días de haberse tenido el contacto sexual, de suerte que estas prueba que le había descubierto la Fiscalía era indicativa que el HECHO NO HABÍA EXISTIDO, lo cual también se

corroboraba con los resultados del interrogatorio de indiciado que había rendido su cliente, en donde hacía esa expresa manifestación.

El Fiscal 52 Seccional CAIVAS JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN, como titular de la acción penal se opuso a la solicitud elevada por la defensa y sostuvo que la base de opinión pericial tenía certeza y rigidez, expresando que considera que las versiones rendidas por la víctima son claras, coherentes e indicativas de que sí ocurrió la penetración violenta a la que fuera sometida.

Al negarse la solicitud de preclusión, en la alzada se mantuvo el mismo eje temático. En ninguno de los dos momentos la apoderada de víctimas, doctora JULIANA HERNÁNDEZ OÑATE, presentó manifestaciones orales.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto refirió escuetos fundamentos para negar la preclusión. Dijo que las declaraciones de la víctima tienen una gran relevancia dentro de la investigación de delitos sexuales, siendo en este caso la que da cuenta de la ocurrencia del hecho delictivo cometido en su contra por EJAR. Dijo que ella refirió un evento de violencia física y sexual, el cual no se destruye en su connotación delictual por la circunstancia que ellos fueran novios para la época de los hechos, porque para el acto sexual se necesita que haya consentimiento y libertad. Habló sobre que los casos de violencia sexual no solo son físicos sino también morales y que en este caso la jovencita estaba en capacidad de manifestar su consentimiento, pero que fue avasallada por los golpes que le propinó el acusado. Manifestó que en el presente caso que estaba de bulto un delito atentatorio de la libertad sexual y así negó la preclusión.

Finalizó refiriendo que, toda vez que él había conocido los elementos probatorios de la Fiscalía y la Defensa, entonces debía declararse impedido y remitir el asunto al Juzgado Quinto Penal del Circuito, que es el que le sigue en turno, para que continúe con el trámite procesal.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Hay lugar a PRECLUIR el trámite penal seguido en contra del señor EJAR, respecto del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO que en modalidad AGRAVADA se le ha venido atribuyendo, con fundamento en la causal 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, por inexistencia del hecho investigado?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Aspectos preliminares sobre la preclusión, en cuanto a la causal alegada.

Sea lo primero indicar que el presente asunto ha llegado a esta colegiatura a efecto de revisar la legalidad del pronunciamiento emitido en audiencia pública del 14 de agosto de 2019, del Juzgado Segundo Cuarto Penal del Circuito de Pasto, a través del cual se despachó negativamente una solicitud de preclusión de la investigación seguida en contra de EJAR por un delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO en modalidad agravada. Los hechos fueron noticiados por la víctima APOG el 2 de enero de 2018, esto es precisamente un día posterior a la ocurrencia de los hechos, y ahora se pretende por la defensa que se disponga la preclusión y archivo definitivo del asunto con fundamento en la causal de INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO, establecida en el numeral 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Debemos precisar que LA PRECLUSIÓN constituye un mecanismo de terminación anticipada del proceso, en virtud del cual el Estado renuncia a la persecución penal. En ese sentido, el estatuto procedimental penal estableció la posibilidad de que la Fiscalía la solicite ante el Juez de conocimiento, incluso antes de la formulación de la imputación, esto es, en las fases de indagación, investigación y hasta en la de juzgamiento cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el artículo 332 de dicha codificación adjetiva, siempre que haya necesidad de realizar valoraciones respecto de aspectos subjetivos; excepcionalmente tienen capacidad de postulación las partes cuando se trata de causales eminentemente objetivas.

Las siguientes son las circunstancias que dan lugar a PRECLUSIÓN de la Investigación: (1).-Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, (2).-Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, (3).-Inexistencia del hecho investigado, (4).-Atipicidad del hecho investigado, (5).-Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, (6).-Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y (7).-Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho Código.

Sobre la facultad de requerir el decreto de PRECLUSIÓN y las oportunidades en que se presenta se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: *“El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (Arts. 331 y 332 inciso 1º) se presenta (i) durante la investigación (aún desde la fase previa), hasta antes de que el fiscal*

presente el escrito de acusación, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas en el artículo 332, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el Fiscal. La segunda, (Parágrafo Art. 332) puede presentarse (i) durante el juzgamiento, (ii) únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª) de las causales previstas en el artículo 332, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el Fiscal, el Ministerio público y la Defensa...”¹.

En lo que respecta a esta segunda oportunidad procesal, señaló el alto Tribunal de Justicia Constitucional que por las causales 1ª y 3ª aludidas, se considera innecesaria la continuación del juicio, debido a que la situación sobreviviente que surge: *“tiene la virtualidad de sustraer íntegramente la materia sobre la cual habría de recaer el debate”*. También puntualizó que lo característico de estas causales, admisibles durante el juzgamiento, es su naturaleza objetiva, cuya constatación no demanda juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas, de suerte que *“La regulación impugnada excluye la posibilidad de propiciar un pronunciamiento anticipado del juez de conocimiento por la vía de la preclusión, en la fase de juzgamiento, aduciendo la configuración de una causal de exclusión de la responsabilidad; la atipicidad del hecho investigado; la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado”*.

La Corte Suprema de Justicia también ha sentado el criterio unánime según el cual la PRECLUSIÓN en juicio solo procede por causales objetivas y que estas deben estar plenamente demostradas dentro de las diligencias, pues no pueden ser el resultado de un análisis pormenorizado de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que hayan sido descubiertos por el ente acusador, ya que esta labor es propia del escenario de la audiencia de juicio oral [Auto del 27 de abril de 2007, radicado 26.740, MP: Julio Enrique Socha Salamanca].

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-920 del 1 de noviembre de 2007. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

La misma Corporación en auto de segunda instancia dentro del radicado 33642 del 18 de junio de 2010 precisó que *“la circunstancia delimitada como propia de la solicitud de preclusión adviene si se quiere objetiva, pues, parece claro que para separarla de otras causales insertas en la norma, dígase la atipicidad del hecho o la existencia de una causal que excluya responsabilidad, el numeral remite a que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos. Entonces, para que la solicitud compagine con la causal, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico que trascendió al entorno objetivo, en otras palabras, que no fue expedida ninguna resolución, o un dictamen o concepto a partir de los cuales advertir si se halla o no conforme a derecho. En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo, los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en los que objetivamente la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva”*²

2. Análisis del caso concreto.

En el asunto sometido a examen el apoderado defensor de los intereses jurídicos del señor EJAR, reclama al Juzgador de Conocimiento –al inicio de la audiencia preparatoria- que se decrete la PRECLUSIÓN de la causa adelantada en contra de su cliente, como probable autor material de un delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO, en modalidad agravada, con fundamento en la causal tercera del artículo 332 procesal penal. Aduce sin sutilezas o rodeos que, del análisis particular que le ha realizado a los elementos probatorios que le ha descubierto formalmente el ente acusado, a partir de la audiencia de formulación de acusación, ha llegado a la conclusión que el hecho que se le atribuye a su cliente no ha existido, lo cual pretende acreditar con el análisis de la denuncia formulada por APOG y las entrevistas posteriores que ha rendido en la investigación, las que aduce contienen contradicciones

² En igual sentido CSJ AP, 15 Jul. 2009, Rad. 31780; CSJ AP, 06, dic. 2012, rad. 37370; CSJ AP893-2014; CSJ SP9245- 2014; CSJ AP1618-2014; CSJ AP4491-2016; AP6930-2016; CSJ AP357- 2017.

sustanciales; al igual que aportó una entrevista de indiciado rendida por EJAR, quien acepta haber tenido una pelea o reyerta con su novia AP el día 1 de enero de 2016 producto de una borrachera, en la cual se golpearon mutuamente, de ahí las lesiones personales que se le reconocieron médicamente, pero que en esa ocasión no tuvieron contacto sexual alguno, consentido ni por la fuerza. Pero trae como elemento de mayor importancia para acreditar su aserto preclusivo que la jovencita fue reconocida y valorada en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el día 2 de enero de 2016, esto es, precisamente pasado un día de los acontecidos denunciados, encontrándose por la Médico Forense DIANA ALEJANDRA ENRÍQUEZ ARISMENDI que presentaba desgarro himeneal antiguo, con bordes cicatrizados, lo que indica que ese desgarro tuvo lugar una fecha anterior con no menos de diez (10) días, motivo por el cual se desestructuraba la imputación realizada a su poderdante, ya que el hecho denunciado no había tenido ocurrencia.

La Sala encuentra visiblemente imperfecta la deprecación de la Defensa, porque para que la solicitud de preclusión compagine con la causal tercera que propone, el argumento de fondo debería establecer que, en efecto, no se materializó ese hecho fenoménico de contenido erótico sexual denunciado, del cual se auto postula como víctima la joven APOG, por el comportamiento antijurídico que le atribuye a su ex novio EJAR, el cual ella insistentemente refiere que trascendió al entorno objetivo.

Este supuesto de preclusión exige la constatación de una situación fáctica sobreviniente, la que permitiría establecer más allá de cualquier duda razonable que los acontecimientos denunciados no han tenido ocurrencia, lo cual, en este caso, si en gracia de discusión se aceptara, no tiene ninguna vocación de prosperidad porque el Defensor lo que

aborda de manera anti técnica y apresurada es una crítica a los fundamentos probatorios de la acusación, pretendiendo derruir los cargos en fase de audiencia preparatoria, con una valoración superficial de la evidencia preliminar ofrecida o descubierta por la Fiscalía para el desarrollo del juicio oral, lo que no es propio de aquella oportunidad procesal.

En esa exagerada anticipación de criterios para la valoración probatoria, devela lo que será su teoría del caso y los elementos en los que se apoya, enterando así a su natural contradictor (Fiscal del caso), pero también contaminando con el contenido sustancial de esas evidencias al Juez de Conocimiento, quien para resolver de fondo lo pedido, esta vez de manera negativa, debió asentar argumentaciones valorativas sobre la capacidad demostrativa del interrogatorio de indiciado rendido por AR, las razones por las cuales consideraba que la noticia criminal formulada por la víctima APOG no estaba en contraposición con sus declaraciones posteriores rendidas por fuera del juicio, al igual que le fijó un sentido y contenido al dictamen médico legal que estableció que la víctima presentaba un desgarramiento antiguo de su himen, según el reconocimiento o examen que se le hizo después de los hechos en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses de Pasto.

Aquí resulta relevante indicar que quien funge como víctima, y también su victimario, han aceptado en sus versiones orales, las que se encuentran debidamente documentadas y que fueron puestas en conocimiento de la judicatura de conocimiento de primera y segunda línea, que llevaban una relación sentimental de aproximadamente dos (2) años, las que trascendían a espacios de heterosexualidad plena, siendo común que se encontraran indistintamente en las casas de ellos o en lugares diferentes para ejercitar esos contactos hasta varias veces

al día; que incluso el día 31 de diciembre de 2015, horas antes de los hechos denunciados, habían sostenido relaciones con acceso carnal, totalmente consentidas. Ello marcaba la escasa relevancia que hubieran tenido los estudios para verificación de la presencia de espermatozoides en la zona vaginal de la denunciante, los que se pueden hallar hasta 3 días después de la realización de estos actos, o la verificación de presencia de fosfatasas ácidas, pruebas de verificación de ADN o similares, porque ellos aceptan esos acontecimientos en el espectro de tiempo que la ciencia permite su confrontación.

Siendo ello así, resulta apenas lógico que el dictamen base de experticia clínica forense de medicina legal, emitido por la doctora ENRÍQUEZ ARISMENDI, pudiera indicar un día después de los hechos que la joven APOG presentaba *"HIMEN: ANULAR DESGARRO ANTIGUO"*, lo cual –en criterio de la primera instancia y de esta Corporación Tribunalicia- no descarta la probable ocurrencia del hecho criminal investigado. Veamos las razones:

En el estudio de la anatomía y fisiología sexual femenina se encuentra que el HIMEN es una membrana que cierra parcialmente el orificio de entrada de la vagina, de hecho éste término proviene del latín *hymen* y del griego *hemén*, vocablos que significan membrana.

Por las implicaciones sociales que ha tenido, por los mitos que se han creado en torno a él y por su importancia en la sexología forense, hoy se habla de una especialidad en su estudio, conocida como la HIMENOLOGÍA.

Tratadistas del tema³ indican que la estructura del HIMEN es diferente en cada mujer, ya que varía tanto por grosor o delgadez, como por su rigidez o elasticidad; lo cierto es que generalmente tiene un orificio que puede presentar multiplicidad de formas⁴, lo cual ha dado lugar a que se presenten diversas clasificaciones, pero también se ha acreditado que excepcionalmente se presentan casos de himen sin orificios [himperforado], eventos en los que se hace necesaria la intervención quirúrgica para abrir y dar salida a la menstruación y hasta en su momento permitir la introducción del pene y el paso del producto de la concepción.

La doctrina médica⁵ indica que el himen está constituido por dos superficies mucosas, entre las cuales se interpone una capa de tejido conjuntivo rico en fibras elásticas, numerosos vasos capilares y terminaciones nerviosas. Esa capa fibroelástica del himen varía notablemente de mujer a mujer, algunas son tan delgadas y poco resistentes que se desgarran con facilidad; otras son más gruesas, carnosas, por ello notablemente resistentes, y hay algunas que se muestran elásticas, franqueables, también llamadas coloquialmente *complacientes* “que permiten por su orificio, el paso completo de dos dedos en auscultación ginecológica, hasta la falange proximal, con facilidad y sin producir molestias”.

La rotura más o menos completa del himen se denomina médicamente como “DESFLORACIÓN”; la cual en la mayoría de los casos se produce con el primer coito o penetración sexual, de ahí la importancia que tiene establecer este fenómeno en la investigación de delitos sexuales, aun

³ QUIROZ CUARON, Alfonso. “MEDICINA FORENSE”. Editorial PORRÚA, S.A. México 1993. Página 630 y ss.

⁴ Himen **anular**, con un orificio central; **semilunar**, con orificio en forma de media luna; **labiado**, con orificio alargado; **tabicado**, con dos orificios y un tabique en medio; **cribiforme**, con varios orificios; **coroliforme**, con un orificio que presenta apariencia de desgarres; **himperforado**, sin ningún orificio.

⁵ DE DOMINICIS M., Antonieta. “ATLAS DE MEDICINA LEGAL”. Editorial LIVROSCA. Venezuela. 2013. Páginas 324 y ss.

cuando puede desgarrarse por causas distintas a la cópula, como la masturbación, la gimnasia o por otras circunstancias accidentales.

Con algunas variables conceptuales, la comunidad médica ha establecido que una desfloración es **recientísima** cuando tiene menos de 48 horas de producida, y presenta características de herida abierta, bordes enrojecidos, inflamados, con sangramiento espontáneo; será **reciente** entre 2 y 10 días, advirtiéndose bordes ligeramente hinchados y con mucosas congestivas, bordes desgarrados en estado incipiente de cicatrización, con presencia de zona de granulación blanquecina; y se habla de **desfloración antigua** pasados diez (10) días, que es cuando los bordes desgarrados están totalmente cicatrizados y con ausencia de inflamación, su color es rosado y no se distingue del resto de la mucosa.

Finalmente, es importante destacar que “LOS DESGARROS GENERALMENTE SON ÚNICOS”⁶, además permanentes e irreversibles, porque hasta de la intervención ginecológica médica de himenoplastia, para su recuperación, quedan huellas o vestigios. Lo cierto es que *“el desgarro no se suelda espontáneamente”, de suerte que “El estudio microscópico evidencia con grado de certeza que al décimo día de producido el desgarro, el mismo, completa su proceso de reparación o cicatrización y, será exactamente igual a los diez días, diez semanas, diez meses o diez años. De esta manera, el límite de los diez días simplemente diferencia el desgarro reciente respecto del de antigua data”*.

Lo anterior tiene incommensurable importancia para establecer la capacidad suasoria del dictamen médico forense de desgarro, porque él por sí solo ni establece la existencia de un acto de violación, cuando

⁶ ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío. M.D. “MEDICINA FORENSE Y CRIMINALÍSTICA”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2002. Página 250.

es reciente; ni tampoco la puede descartar, cuando es antiguo. Ha dicho la doctrina sobre el tema que:

*“Por esta razón cuando en la práctica pericial, uno se encuentra con un desgarro de antigua data, lo único que **puede afirmar** es que tiene más de diez días”.*

“Realizar el diagnóstico diferencial entre desgarro de reciente data y de antigua data es un punto fundamental de toda peritación en delitos sexuales. Ello en virtud de que no pocas veces frente a una denuncia formulada por una mujer que afirma haber sido virgen hasta el momento de ser accedida, el hallazgo de un himen con desgarro de antigua data, en un examen practicado pocas horas después del hecho denunciado, se convierte en prueba indubitable de que lo expresado por la mujer no es cierto”.⁷

Al indicar la ciencia médica que cuando la desfloración o desgarro del himen completa su proceso de reparación o cicatrización, lo que se puede ginecológicamente observar es “exactamente igual a los diez días, diez semanas, diez meses o diez años”, queda al descubierto lo endeble del argumento expuesto por la defensa del señor EJAR como base de su petitorio de PRECLUSIÓN, porque el dictamen pericial con que se cuenta en el trámite NO es conclusivo de la inexistencia del hecho de contenido sexual que se le atribuye. Así las cosas, no resulta posible acceder a la preclusión de su caso con fundamento en la causal tercera alegada (*INEXISTENCIA DEL HECHO*). Lo anterior implica la confirmación de la providencia venida en apelación.

⁷ Dr. KVITKO, Luís Alberto. “DESGARRO Y ESCOTADURA CONGÉNITA DEL HIMEN. SU VALORACIÓN MEDICOLEGAL”. En revista Medicina Legal de Costa Rica. On-line version ISSN 2215-287Print versión ISSN 1409-0015. (Med. leg. Costa Rica vol. 26 n.1 Heredia Mar. 2009). https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152009000100002

Sin otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de
Pasto – Nariño, en Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E

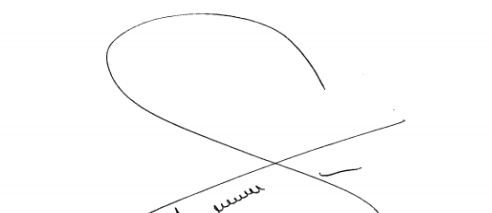
PRIMERO: **Confirmar** el auto interlocutorio proferido en audiencia pública del 14 de agosto de 2019, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño, a través del cual se despachó negativamente la solicitud de preclusión de la investigación seguida en contra de EDWIN JAVIER ACOSTA ROSERO, por un delito de Acceso Carnal Violento– agravado, por el que se procede.

SEGUNDO: Este auto queda notificado en estrados y contra él no procede recurso alguno. Retorne el asunto al Juzgado de origen, para que surta debidamente el trámite de impedimento que anunció, conforme lo reclama el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal.

CÚMPLASE



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado dentro del asunto penal de la referencia.

Pasto, 22 de marzo del 2022



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

ACTA DE SALA No 0082

El 29 de marzo del 2022, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.


SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado