

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO: La causal invocada debe estar plenamente demostrada – Improcedencia de decretar la preclusión, teniendo en cuenta que la Fiscalía no cumplió con la carga ineludible de acreditar la causal invocada, existiendo duda referente a si la conducta es penalmente atípica, en tanto realizado el juicio de tipicidad objetiva se establece que puede existir violencia como ingrediente normativo del injusto penal objeto de investigación; siendo procedente que el ente instructor ahonde en las actividades de persecución y esclarecimiento de los fácticos, para contar con mayores elementos de juicio que clarifiquen la concurrencia o no de éste elemento de la conducta punible, para proceder de conformidad. /

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación interlocutorio que niega la preclusión de la investigación
Delito	:	Acceso Carnal Violento
Procesado	:	ÁRMM
Radicación	:	520016000487-201500589-01 NI. 21891
Aprobación	:	Acta No. 2018 166 (Octubre 24 de 2018)

San Juan de Pasto, octubre veintinueve de dos mil dieciocho

Vistos

Se ocupa el Tribunal de resolver el recurso de apelación incoado por la delegada de la Fiscalía 20 Seccional CAIVAS de Pasto, en contra del auto proferido el 22 de marzo del cursante año, por el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, negó la preclusión invocada a favor de ÁRMM.

Los hechos

Da cuenta el expediente que transcurriendo el año 2011, el ciudadano ÁRMM, siendo compañero de culto religioso de la adolescente MABC, pretendió dar inicio a una relación sentimental con ésta, quien para entonces contaba con 16 años de edad; buscó lograr su objetivo por medio del regalo de diversos obsequios y dinero.

Con el transcurrir del tiempo y para cuando M tenía 18 años de edad, mediaron acercamientos eróticos sexuales, sin pasar de besos y tocamientos. Se conoce que en múltiples ocasiones, MM, quien superaba ampliamente en edad a aquella, la llevó a su apartamento, donde exteriorizó su intención de sostener relaciones carnales, obteniendo respuesta negativa por parte de la joven mujer.

Transcurriendo el mes de septiembre de 2015, cuando MA tenía 20 años de edad, se afirma que el hoy indiciado logró accederla carnalmente en contra de su voluntad, pues dice ella, se vio obligada bajo la amenaza emitida por el supuesto agresor de que si no aceptaba su pretensión, les diría a sus familiares y en especial a su padre, que desde hacía tiempo atrás recibía prebendas a cambio de satisfacer sus deseos sexuales.

Resumen de la actuación cumplida

La información allegada a la carpeta hace saber que el 9 de marzo de 2018, previa petición elevada por la Fiscalía 20 Seccional adscrita al CAIVAS de Pasto, en el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta misma localidad, se llevó a cabo audiencia de solicitud de preclusión de la investigación, espacio procesal en el cual la delegada del órgano instructor alegó la concurrencia de la causal prevista en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, *la atipicidad de la conducta*, en

tanto que consideró que no existía violencia en el acceso carnal, dado que medió el consentimiento de la presunta víctima.

En aquella ocasión apoyó la señora Fiscal su postura, arguyendo que en el interrogatorio de indiciado se manifestó que esa cuestionada relación sentimental inició en el mes de agosto de 2014 y duró hasta noviembre de 2015, cuando la mujer fue descubierta con otro hombre, y que durante dicho lapso sostuvieron actos sexuales voluntarios, siendo que para entonces aquella tenía ya su mayoría de edad. Comentó además que en efecto tuvo varios detalles y obsequios con quien consideraba su novia, con la intención de ganarse su cariño y que por lo mismo, ciertamente, le brindó ayuda económica.

Adujo la instructora que la pareja es coincidente en afirmar que existió un lazo sentimental consentido, en el que hubo acercamientos de tipo erótico sexual que culminaron finalmente en el acceso carnal, sucesos acaecidos cuando MA tenía 20 años de edad. La disimilitud de las versiones surgió cuando ella afirmó que tales sucesos ocurrieron en contra de su voluntad y con la mediación de actos violentos, mientras que para MM, todos esos encuentros íntimos fueron voluntarios, en el marco comprensible de la relación de noviazgo que sostenían¹.

Mencionó además, que si bien la joven refirió haber sido chantajeada con la amenaza de que su familia sería enterada de la recepción de dinero y obsequios por parte de su novio, a cambio de favores sexuales, y que por lo tanto hubo la presencia de violencia moral, debe tenerse en cuenta que tales dádivas fueron entregadas y recibidas dentro del contexto propio de una

¹ Citó en apoyo la señora Fiscal, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de 7 septiembre de 2005 rad. 18455, que menciona que por regla general no existe prueba de carácter directa, sino que la reconstrucción histórica se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.

conquista amorosa, frente a lo cual nunca existió ningún reparo o reproche. Recalcó que no se puede considerar que hubo engaño o amenaza que doblegara la voluntad de M, y es más, que la afirmación temeraria de contar a los familiares las conductas que desplegaban en la intimidad, no tiene idoneidad suficiente para que una persona de 20 años proceda con el temor de una violencia moral; en idéntico sentido arguyó que el hecho de tomarla del brazo y sacudirla para inducirla a que se recueste en la cama, no configura violencia física con entidad tal para menguar su capacidad de decisión.

Agregó que el motivo que llevó a la denuncia el 23 de noviembre de 2015, casi 4 años después de los primeros acercamientos, se debió a una escena de celos que protagonizara ÁRM al encontrarla 3 días antes de ese mes y año con un sujeto de nombre B, en cuyo escenario aquél lesionó a la joven y el agresor fue capturado. Cabe resaltar que Medicina Legal dictaminó para la lesionada una incapacidad para trabajar de 10 días.

Continuó la Fiscalía resaltando que la acusación es una ideación de M, puesto que matizó esos ataques con una violencia moral y física que no existió en precedencia, máxime si para la época del episodio de agresión, ella se encontraba en estado de gestación, de cuya paternidad se le atribuye al referido B; fácticos de los que se puede colegir que la aparente víctima buscaba una coartada que le impida ser reprochada por la gravedad que atravesaba y por el contrario, ser protegida por su núcleo familiar de las ideaciones de violencia atribuidas al ahora encartado.

Bajo esa óptica, recalcó que hubo consentimiento tanto para los acercamientos erótico sexuales previos, como para la relación sexual, lo que implica, sin rechistar, la ausencia de un elemento estructural del tipo penal enrostrado, como lo es *la violencia*, razón por la que se concluye que la

conducta es *penalmente atípica*, solicitando en consecuencia, como se dijo, la preclusión de la investigación con base en el fundamento legal que ofrece el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal en su causal 4ª.

En la diligencia hicieron su intervención los restantes sujetos procesales quienes señalaron:

- La vocería del Ministerio Público no vislumbró una intención dolosa en la ejecución del acceso carnal estudiado, ello por cuanto aseveró que existió una relación amorosa que databa de tiempo atrás. Indicó que en la narración vertida por quien se considera víctima, no se encuentran elementos constitutivos del delito achacado, lo que otorga la obvia consecuencia de la *atipicidad*, haciendo que prospere la causal alegada. Agregó que la preclusión también puede obedecer a la causal 6ª del artículo 332 invocado que prescribe: *la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*, toda vez que no existen otros medios de persuasión y que por ello se tornaría el debate jurídico en un desgaste infructuoso y que, de proseguir con la actuación, no podría esperarse destino diferente a una absolución por duda.
- Agotando su rol, la Representante de Víctimas refirió que su representada estuvo todo el tiempo bajo el sometimiento de una violencia moral, razón por la que se suscitaron los encuentros sexuales. Pidió que se valore tal violencia y que la manipulación por parte del acusado no únicamente se surtió para el episodio acaecido en septiembre del año 2015, sino como una sistemática trasgresión a los derechos de la mujer desde que ella era menor de edad, llegando de esa manera a estar en un momento determinado, sin posibilidad de hacer cosa diferente a acceder a las pretensiones del imputado, que

como se dijo, solamente se explica por el ejercicio activo y continuo de la violencia moral.

- El Defensor destacó el proceder respetuoso de su prohijado, pues esperó a que su novia cumpliera 20 años de edad para intentar tener una relación sexual. Apuntó que quien dice ser víctima pretende con su versión tener la aceptación de su familia a costa del daño en contra de su benefactor. Con ello invocó se apruebe la preclusión solicitada.

La providencia impugnada

La Juez de primer nivel negó la solicitud de preclusión considerando que no se demostró la causal 4ª del artículo 332 que fue aclamada por la Fiscalía. Adicionalmente, indicó que su decisión se ampara en el concepto pericial rendido por el doctor VÍCTOR OSWALDO HERNÁNDEZ, elemento probatorio no controvertido por la Fiscalía y que replica de manera enfática que la señalada joven fue sometida a un acto de fuerza, amenaza y chantaje de tipo emocional y económico.

Refirió seguidamente que el señor MM asediaba a la reputada víctima desde que ésta tenía 17 años de edad, aprovechándose de que se trataba de una adolescente que en su crianza no tuvo el acompañamiento de su madre, pues tras el abandono de su progenitora y la distancia de su padre, fue acogida por sus abuelos paternos, sucesos que dijo la Falladora, influyeron en la formación de su personalidad rebelde, lo que facilitó al investigado a que el acoso que ejercía rinda frutos.

Añadió al débil contexto de unidad familiar, que el padre de MA tenga una personalidad estricta, a lo que, por si fuera poco, se unen las rígidas reglas y

sanciones del culto religioso al que activamente pertenecían tanto la víctima como su victimario, así como las consecuencias al quebrantarlas; todas aquellas situaciones conducen inevitablemente, sostuvo, a pensar que al publicitarse que tenía relaciones íntimas con su novio, sería expuesta al escarnio público, a la crítica de su comunidad religiosa, de su familia y principalmente de su padre.

La *a quo* describió a la referida joven como una persona inmadura, que inicialmente se dejó seducir por los detalles que gentilmente le brindaba un hombre mayor que la pretendía sentimentalmente, quien después de forma premeditada decidió cobrar todas esas prebendas satisfaciendo a la fuerza sus deseos sexuales.

Afirmó que la Fiscalía no demostró la *atipicidad de la conducta*, puesto que no desvirtuó el concepto emitido por el doctor PEÑA HERNÁNDEZ, ni tampoco desestimó la existencia de un sometimiento por parte del agresor, argumentaciones que conllevan a desatender la pretensión de la Fiscalía.

Finalizó diciendo que de los elementos materiales probatorios conocidos hasta el momento, es factible estructurar a plenitud la fuerza ejercida por el agente para lograr acceder a su víctima, coerción moral que debe analizarse teniendo en cuenta el contexto de los hechos, la personalidad de la ofendida y del victimario y los componentes que configuran el punible del acceso carnal violento.

Sustentación del recurso

Inconforme con la decisión adoptada, la representante del organismo instructor invocó recurso de alzada, sosteniendo su discrepancia con

similares fundamentos a los consignados en la diligencia de solicitud de preclusión.

Sostuvo la recurrente, que cuando el indiciado se acercó a la supuesta víctima, ésta ya tenía la capacidad de disponer de su libertad sexual, pues era mayor de 14 años. Con tal premisa explicó que existe una evidencia que desvirtúa la conclusión diagnosticada por el psicólogo forense, que consiste en la expresión de la joven tendiente a señalar que era claro que el investigado había fijado su atención en ella, pues le refería *“que era linda”*.

Acotó que no se puede hablar de un engaño o de una manipulación, por cuanto M era consciente y capaz de comprender que con cada acercamiento, dádivas, regalos y obsequios su novio procuraba un diáfano objetivo, cual era pretenderla sexualmente, pues incluso, dijo, que de la información recolectada se conoce que MM le ofreció en algunas ocasiones llevarla a vivir como una *“reina”* y que por ende no se puede afirmar que todo fue maquinado bajo un plan subrepticio o engañoso, sino que se trata de un benefactor que dejó claros sus propósitos en todo el tiempo que duró la relación.

Seguido a lo anterior, expresó que no se encuentra demostrada la difícil situación familiar en la que se desenvolvió la crianza de la supuesta ofendida, siendo la caracterización dada como un ser humano vulnerable, meras conjeturas del Juzgado. Agregó que se escapa a toda lógica exigir al indiciado que haga un estudio socio familiar de la persona a quien estaba pretendiendo.

A continuación y de manera aislada apuntó que la motivación de presentar la denuncia fue en exclusivo la escena de agresión en la que participó el triángulo amoroso, evento que no guarda ninguna relación con los muy aparentes y anteriores sucesos de violencia sexual.

Manifestó que el dictamen pericial recomienda terapia psicológica para el padre y la joven mujer, por cuanto se considera que existen en su personalidad patrones de rebeldía respecto a las normas del hogar; sintomatología distante de la que asumen las personas abusadas sexualmente, sino más bien, de quien que ha tenido inconvenientes en su crianza.

Resaltó que la supuesta víctima para la época de ocurrencia de los hechos vivía una doble relación sentimental, una con el padre de su futuro hijo y otra con un individuo mucho mayor que ella, con quien llevaba un dilatado y tóxico noviazgo, que al verse descubierta frente a los ojos de su nueva pareja, encontró en la acusación de acceso carnal en contra del ahora implicado una perfecta explicación a su dañoso proceder.

Bajo esas alocuciones abogó ante esta Colegiatura por la revocatoria de la providencia de primera instancia.

Intervención de no recurrentes

- **Representante de la víctima**

La profesional que funge como representante de la víctima recorrió el traslado indicando que era muy grande y fundado el temor que tenía MA a la reacción de su padre, si se enterase que venía recibiendo de parte de M regalos y dinero gracias a que sostenía una relación con éste, lo que explica que aquella se haya sentido constreñida o amenazada frente al evento extorsivo padecido.

Alertó que de insistirse en la decisión que precluye la investigación, se vulnerarían los derechos de la víctima a conocer la verdad y si es del caso, a tener justicia y a ser reparada, razón por la que dijo comparte la decisión de la Juez *a quo*.

Agregó que la investigación no es completa, pues no se documenta la secta o comunidad religiosa a la que acudía la pareja, contexto que pudo ser determinante en la influencia de la decisión de su representada de acceder a la relación sexual bajo el chantaje; tampoco se ofrecen detalles de la personalidad y principios religiosos y reglas de comportamiento del padre de ella que pudieron constituirse en la suficiente fuerza de coerción para doblegar su voluntad.

En esa idéntica orbita justificativa, indicó que no se conoce la personalidad de quien se considera víctima y los alcances en su grado de vulnerabilidad, ya que del dictamen forense se advierte que dice la verdad cuando consistentemente afirma que la relación sexual no fue voluntaria sino constreñida por la presión, elementos que llevan a establecer que se está frente a un acceso carnal violento ejercido bajo lo que se conoce como violencia psicológica. Con esas razones la Representación de Víctimas solicitó se confirme la decisión.

- **La Defensa**

El defensor alegó la inexistencia de medios de convicción demostrativos de la ausencia materna en la crianza de la aquí denunciante y también desatendió la afirmación según la cual esa carencia haya podido influir en su temperamento o en la personalidad. Mencionó que el perito de Medicina Legal abordó el tema como producto de sus propias convicciones, en todo caso alejado del aspecto científico técnico que lo ocupaba, por lo que tachó

como faltas de seriedad las menciones realizadas en torno al “*chantaje emocional*”, imbuidos además con sentimientos de culpa o actividades “*proclives al suicidio*”, apreciaciones consignadas en el dictamen pericial, que estimó como abiertamente especulativas y producidas con falta de profesionalismo.

Añadió que un novio a la antigua, como calificó para este caso al implicado, “*es prehistórico*” y su actitud no pudo causar ofensa, constreñimiento o chantaje; con ello afirmó que su representado no tiene responsabilidad penal por la que deba responder y por el contrario, fue él víctima del engaño cometido por quien consideraba su pareja.

Con base en lo dicho, pidió se revoque la decisión y en su lugar se precluya la investigación, advirtiendo una patente *atipicidad de la conducta*.

Consideraciones de la Corporación

Como preludio es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, el Tribunal es competente para resolver el presente recurso interpuesto, pues la decisión apelada fue emitida en primera instancia por un Juzgado del Circuito Judicial.

La Sala traza como problema jurídico a resolver, si como lo señala la Fiscalía, la actividad investigativa conduce a la necesidad de decretar la preclusión de la actuación en este caso, *por atipicidad de la conducta* enrostrada al indiciado, o si no cabe tal decisión judicial, como lo consideró la Juez de primera instancia.

Antes de adentrarnos en el tema concreto de la controversia, conviene precisar que el ordenamiento procesal penal vigente, en sus artículos 331 a 335, reglamenta la figura de la preclusión de la investigación. Ahí se consigna con merecido detalle que el juez de conocimiento en cualquier momento procesal por solicitud de la Fiscalía y, bajo algunas causales también la defensa y Ministerio Público, puede dictar una providencia de esa especie, la que bajo la égida penal acusatoria, deberá adoptarse en audiencia y advirtiéndose que la decisión que acepte la petición, contará con los efectos de cosa juzgada y fuerza vinculante por tratar un tema de fondo. Se dice en aquella normatividad, que la figura de la preclusión será aplicada a favor del presunto infractor de la ley penal, siempre que se acredite una de las circunstancias taxativamente contempladas para el efecto.

La posibilidad de que la Judicatura consienta un pedido así conforme a las específicas hipótesis contempladas, está afincada en la existencia de un convencimiento inequívoco indicativo de la ausencia de mérito para acusar, que desde luego lo proporciona la solvencia, suficiencia y aptitud de la argumentación de tipo fáctico y jurídico, edificada en medios demostrativos que atestigüen acerca de los elementos integradores de la causal invocada, carga suasoria que de no satisfacerse, conduce inexorablemente a su denegación, conminando al ente investigador a seguir adelantando las actividades que le son propias² o concluir nuevamente que la acción penal no puede ser proseguida^{3 4}.

En virtud de las anteriores precisiones, queda claro que se erige como una carga ineludible para la Fiscalía en todos los eventos, demostrar la causal invocada, lo que implica entregar a la judicatura que valora el asunto, los

² CSJ SP. 22 abril 2015. Rad. 45.138.

³ CJS SP. 24 julio 2013. Rad. 41.604.

⁴ CSJ SP. 22 abril 2015. Rad. 45.138.

elementos de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, que respalden el pedimento preclusivo.

Ahora bien, conforme con el artículo 331 *ejusdem*, es requisito sin el cual no se puede proferir providencia que declare la preclusión de la investigación, el señalamiento por parte de la Fiscalía de la carencia de mérito para continuar con la acusación⁵, a lo que por supuesto debe sumarse el fundamento en alguna de las causales establecidas, la que a su vez deberá ser invocada en la respectiva solicitud ante el juez de conocimiento y que será la que logre marcar los linderos para la resolución judicial adoptada. Tales causales son:

- “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 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.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.”*

Puntualicemos ahora que en el presente asunto el ente acusador solicitó y procuró sustentar su petición basándose en la causal 4ª de las nombradas, aquella que prescribe *“la atipicidad del hecho investigado”*, pues según su criterio, la conducta objeto de discusión no se configura por ausencia de un elemento toral que constituye el tipo penal, este es *“la violencia”*. Respecto a esa causal, la doctrina ha desarrollado su estudio en los siguientes términos:

“Lo factico existe, pero no es de la esfera del derecho penal, de ahí que la conclusión a la cual se arriba es que se trata de una conducta atípica, no tiene cabida el comportamiento en el estadio penal.

La causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, se refiere a la atipicidad del hecho investigado, contexto dentro del cual resulta

⁵ Artículo 250 Superior. El cual obliga al ente acusador a investigar hechos delictuales, siempre y cuando existan motivos suficientes que acrediten la existencia del hecho ilícito, mediando siempre la claridad de hechos jurídicos penalmente desaprobados.

*incontrastable 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 (...)"*⁶

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en auto del 6 de diciembre de 2012, con ponencia del H. Magistrado JAVIER ZAPATA ORTÍZ, estudiando la causal en cita hizo estas referencias:

"Sobre este componente del hecho punible –el cual debe ser típico, antijurídico y culpable-, la Corte ha precisado que, la conducta se debe adecuar a las exigencias materiales definidas en la correspondiente disposición de la parte especial del estatuto punitivo -tipo objetivo-.

*Del mismo modo, que éstas, conforme a la dogmática jurídico penal corresponden a: i) sujeto activo, ii) acción, iii) resultado, iv) causalidad, v) medios, vi) modalidades del comportamiento, y vii) satisfacer la especie de conducta -dolo, culpa o preterintención- establecida por el legislador en cada norma especial -tipo subjetivo-."*⁷

La figura jurídica de la preclusión de la investigación de cara a este preciso evento se erige entonces como un instituto que permite al juez, sin ninguna duda, arribar a la conclusión de que la conducta es *penalmente atípica*, objetiva o subjetivamente. En el cotejo con el tipo objetivo se impone confrontar el comportamiento en cuestión con el contenido descriptivo dispuesto en la norma de prohibición, mientras que en lo que atañe con la evaluación subjetiva, se debe valorar, ya para el caso particular, si se puede otear la existencia del dolo, única modalidad conductual posible en esta clase de injustos.

Dígase que para obtener cabal resultado de la tarea de confrontación que impone el juicio de tipicidad objetiva, es necesario que recordemos lo que prescribe el punible por el cual está siendo investigado el señor MM:

Artículo 205: El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. Efectos Jurídicos de la Imputación en el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá D.C. Páginas 837 y 838: Editorial LEYER, 2010.

⁷ Auto de 25 de mayo de 2010, radicación No. 28773.

Esta conducta reprochada se complementa con el artículo 212 A de la misma obra, así:

Artículo 212 A: Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

Recordemos que sobre este tópico, la Falladora de instancia consideró que hay presencia de la violencia como ingrediente normativo con el cual se compone el señalado injusto penal, conclusión a la que arribó tras referirse al concepto pericial rendido por el profesional VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, quien señaló que el relato de la reputada víctima es claro, coherente y consistente al aducir que la censurada relación sexual no fue consentida, elemento recolectado del que además dijo, no fue ni mínimamente considerado por la Fiscalía. Ahora bien y en suma, para dictaminar si lo que hasta aquí decidido resulta acertado, es importante adentrarnos en el despliegue de otros miramientos.

En primer lugar, surge palmario que de lo sabido, por mucho tiempo la referida mujer se resistió a las amenazas de quien concibe como su agresor; es evidente de lo relatado por la pareja que la negativa de M a aceptar las pretensiones sexuales en cuestión fue sistemática como asimismo parece que fueron las amenazas⁸; se denota que los sucesos de coerción pudieron haberse ejecutado de manera persistente, dado el temor que dialécticamente infundían; de ahí que por medio de la intimidación de publicitar episodios íntimos se buscó doblegar la voluntad, pues fue el miedo a ser precisamente descubierta en comportamientos de los que advertía no eran sanos o

⁸ Cuaderno Principal. Folios 22, 23 y 24.

improbados, los que se dice condujeron a la joven mujer a no resistirse al acceso carnal, pese a que tal decisión iba en contra de su querer.

De calado interés para este análisis es que el proceder de las personas varía dependiendo de una multiplicidad de factores, tales como cargas históricas que se gestan a través de los años y de las vivencias, episodios de violencia, maltratos educativos, entre otros, por lo que no se puede desatender que de lo conocido en el recaudo investigativo, aún incipiente pero válido de elementos materiales probatorios, que la presunta agredida tenía muy claro desde temprana edad, ya sea por su formación familiar, académica o religiosa, la existencia de serias barreras que la obligaban a estar alejada por años de los actos libidinosos que, por el contrario, sí surgen como flagrantes desde el principio para el señor ÁRMM.

Ahora bien, a la carga motivacional que pregonaba la negativa de la preclusión, se agrega la aseveración de que el sujeto activo imprimió una fuerza moral y otra física; respecto a la segunda, vale la referencia aludida por la Fiscalía: *“la mujer fue halada del brazo y tirada sobre la cama”*⁹, hecho indicativo del ánimo vehemente con el que actuaba el encartado, a más que por su amplia mayoría de edad y la posesión sobre el escenario en el que se encontraban, cual era su casa de habitación, dominaba con holgura la faena de la consumación sexual.

Fincando la atención en la violencia moral que comulga en similitud con la violencia psicológica, valga dotar de contenido este concepto pese a que ya se oteó algunos puntos con la cita del artículo 212 A:

“Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

⁹ CD Audiencia de Preclusión. Intervención de la Fiscalía.

(...)

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima. (...)¹⁰ (Subraya propia)

De la caracterización dada, se colige entonces que no estaría ausente en el actuar de M una violencia de tipo moral ejercida sobre quien se afirma ser su novia, o al menos no hay plena certeza de que no existió aquella coerción, inferencia racional que se puede extraer de las denunciadas amenazas lanzadas en virtud de lesionar el derecho fundamental a la intimidad; y por lo tanto, se enmarcaría en la conducta entre los demás componentes del tipo, el elemento estructural de la violencia que integra esa forma de acceso carnal.

De otro lado, no puede tomarse como argumento excusador, la manifestación del indiciado tendiente a señalar que eran variados los episodios de intimidad que ya había consumado con la joven, pues incluso, de suponer que con antelación se hayan presentado experiencias sexuales entre los mencionados, lo que ocupa la inminente atención es que para la ocasión del mes de septiembre del año 2015, tal acople carnal pudo obedecer a una tenue fuerza física acompañada de una violencia moral o psicológica, que aparentemente estuvo presente y que habría sido ejercida por MM, o lo que

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Auto con Radicado: 43880. M.P. María del Rosario Gonzáles Muñoz. 6 de mayo de 2015.

es igual, la ocurrencia de un acceso carnal sin contar con la aquiescencia de la mujer.

De otro lado, sea recordar que el artículo 10 del Código Penal define de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales para la configuración del tipo, indicando que la acción penal solamente se activará en aquellos eventos en que se constate o verifique que los hechos denunciados revisten las particularidades de un delito, o mejor aún, cuando la conducta denunciada se adecúa a alguno de los comportamientos regulados en la legislación, pero para ello la función fiscal es la de abarcar en las labores investigativas los mayores indicativos de la ocurrencia o no del punible.

En torno a aquella reflexión, cabe decirse que la Fiscalía en cumplimiento de su misión para el *sub lite*, puede sin ninguna traba ahondar en las actividades de persecución y esclarecimiento de los fácticos, incluidas las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que lo rodean¹¹, ello para contar con mayores elementos de juicio que clarifiquen la existencia real de la violencia ejercida por parte del agresor, pues no obsta la galantería y obsequios que acompañan una normal conquista para reclamar sobre los mismos su precio o cobranza, reclamo transaccional que no puede perderse de vista, según se viene sosteniendo, se hizo bajo la probable amenaza de exponerla al escarnio público y en especial al posible ajusticiamiento de su señor padre.

A juicio de la delegada de la Fiscalía y del defensor, el delito de acceso carnal violento no se presentó en este asunto, puesto que no se encontró ningún medio probatorio viable que lo establezca, dejando vana la estructuración de

¹¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Auto del 3 de mayo del 2017. M.P. Silvio Castrillón Paz. N.I. 9099.

los elementos constitutivos del referido injusto. El anterior argumento no es de recibo comoquiera que se le está dando valor o peso jurídico a un supuesto indefinido, cuando el material probatorio hasta ahora aportado, devela, al menos en apariencia, que el investigado se pudo valer de algún tipo de fuerza insuperable para acceder a su novia, siendo ello suficiente para que se continúe con el proceso investigativo, que aporte mejores elementos de persuasión que los aducidos hasta ahora y así propulsar la salida jurídica que devenga apropiada.

Así y como se anticipó en los párrafos considerativos iniciales, cuando en el sustento de la preclusión que debe inexcusablemente estar soportada en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, no alcanza a demostrar la concurrencia de la causal invocada y no logra además la finalidad para la que fue instituida, como lo es la persuasión sin dubitaciones al funcionario judicial de conocimiento, no queda alternativa que la emisión de una providencia que niegue la susodicha pretensión preclusiva.

Claro el anterior análisis, se impone concluir que no cuenta la Judicatura en este caso, con la convicción razonable acerca de la atipicidad de la conducta como se pregona. Y si bien el Tribunal comprende que la señora Fiscal pueda considerar que no encuentra afianzamiento en los medios probatorios hasta ahora recolectados como para enfrentar con solvencia el trance de un juicio, ello no entraña indefectiblemente que la solución sea la preclusión como lo pregona. Una actitud funcional procedente está en la necesidad de recabar en la actividad investigativa, según ha sido expuesto *ut supra*, la que desarrollada conforme a las necesidades de superar las dudas aún existentes, conducirá entonces a la búsqueda de la solución jurídica conforme a derecho.

Comoquiera entonces que a juicio de esta Sala no ha sido demostrada con la requerida solvencia la causal de preclusión invocada por el ente investigador, no cabe decisión distinta que la de confirmar la providencia recurrida, como en efecto así se dispone.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Confirmar la decisión consignada en la providencia impugnada.

Se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase,

Franco Solarte Portilla

Magistrado

Blanca Lidia Moreno Arellano

Magistrada

Silvio Castrillón Paz
Magistrado

Miguel Ángel Sánchez Acosta
Secretario