

**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - CAUSAL 6ª ART. 332 LEY 906 DE 2004
IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA : Le corresponde a la Fiscalía demostrar la causal invocada.**

Se considera que la solicitud de preclusión realizada por el ente acusador carece de respaldo probatorio que conlleve a determinar que no cuenta con los elementos de conocimiento suficientes para atribuirle responsabilidad a los indiciados frente a los delitos investigados, en tanto se hace necesario demostrar en grado de certeza la causal alegada, esto es, demostrar que objetivamente no es posible continuar con la investigación, para el caso, que no hay hipótesis investigativas, porque todas ya fueron abordadas y no fue posible destruir la presunción de inocencia; determinándose por el contrario que existen elementos sobre la posible ocurrencia de un hecho, tal vez punible, pero que la fiscalía aún no ha podido dilucidar./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	520016000485201405004-01
Número Interno	:	19098
Conducta Punible	:	Secuestro Simple
Procesados	:	DAH y Otros
Decisión	:	Auto l. confirma el recurrido
Aprobado	:	Acta No. 6 de 19 de marzo de 2019

San Juan de Pasto, veintisiete de marzo de dos mil diecinueve
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra el auto de fecha 10 de septiembre de 2018 proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual niega la petición de preclusión presentada a favor de los procesados DAHM, DHPB, JFVM y EADR, por las conductas de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y secuestro simple.

1. El aspecto fáctico

De acuerdo a los elementos materiales allegados en la carpeta, dan cuenta que el día 1º de julio de 2014, en esta ciudad, la señora ... y su compañero ..., propietarios el establecimiento comercial denominado discoteca ..., se encontraban en dicho lugar junto con las señoras RMMB y DADE, quienes laboran en el mismo.

Que luego de las siete de la noche, los citados ciudadanos inician las labores que corresponden a la razón social del lugar, al cual hace arribo el señor DHPB, conocido por los propietarios, quien además, en su condición de Coronel de la Policía, llegó acompañado de tres miembros de la institución policial de nombres DAHM, JFVM y EADR, quienes se ubican en la barra del establecimiento y empiezan a consumir bebidas alcohólicas y departir con los propietarios, llegando incluso a bailar con la señora ...

Se dice que aquella se encontraba en un estado alto de alicoramamiento, al punto que se quedó dormida sobre la barra del lugar, por lo que, los policiales se ofrecieron a transportarla, junto con su esposo y equipo de trabajo, hasta su hogar; sin embargo, que al sacarla con ayuda del lugar, fue subida en una camioneta 4 puertas color blanco y trasladada con rumbo desconocido por parte de los miembros de la policía nacional en referencia.

Que por lo anterior, el esposo de ... y sus dos empleadas acudieron ante la URI a colocar la denuncia respectiva, a la par de que realizaron llamadas telefónicas para lograr identificar su ubicación, mismas que a pesar de haber sido respondidas no dieron luces sobre el requerimiento.

Sin embargo, que siendo aproximadamente las 3:00 a.m., la mencionada señora arribó a las instalaciones de la URI en un taxi, motivo por lo que se resolvió desistir de la denuncia.

Se refiere también que al día siguiente, cuando ... despertó, pretendió sostener relaciones íntimas con su esposo, pero que el hecho no se materializó debido a un dolor en la parte vaginal, y que al referir no recordar nada de lo ocurrido la noche anterior, fue informada por su esposo de los sucesos, tras lo cual, decidieron acudir al Hospital Civil de ésta ciudad, en donde por llamado efectuado por parte de los galenos y enfermeras que brindaron la atención médica, arribaron funcionarios del CTI, quienes recepcionaron la versión de la víctima, dando lugar a la presente investigación.

2. De la solicitud de preclusión de la investigación¹

La señora Fiscal 6ª Especializada de Pasto, presentó solicitud de preclusión de la investigación que se sigue en contra de DAHM, DHPB, JFVM y EADR, por las conductas de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y secuestro simple, con base en la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Para sustentar la solicitud, comenzó por recordar los fácticos que fundamentaron la denuncia, para seguidamente enunciar los elementos materiales probatorios recaudados, dentro de los cuales hace especial énfasis en las entrevistas practicadas con una breve síntesis de lo en ellas expuestas.

¹ Minutos 8:36 a 40:49 de la audiencia de preclusión de la investigación

Recuerda la existencia de una remisión de medicina legal de la cual no se arrojó elementos para la investigación; pues, la prueba de ADN practicada indicó que no coincidía con el de los procesados. Así mismo, trajo a colación el análisis efectuado sobre unos videos de las cámaras del establecimiento, en el que el mismo esposo de la víctima, refirió que no era posible observar cuando presuntamente es arrollado por el vehículo en el que se llevaron a ..., pues en el momento no se tenía visibilidad.

Trae a colación que se intentó hacer una búsqueda selectiva en base de datos para dar claridad sobre las llamadas al celular; sin embargo, que la misma no se pudo emitir dada la fecha para la cual se solicitó, esto es, marzo de 2017, pues según la empresa de telefonía los archivos se guardan por un lapso máximo de dos años.

Así mismo, que se hizo uso de un álbum de reconocimiento fotográfico, diligencia tras la cual se vinculó a personas señaladas como agresores, pero que su participación se desvirtuó con el cotejo de ADN, pues no coincidieron con los restos de fluidos y piel encontrados en la víctima.

Con lo anterior explicó que la Fiscalía se ha preocupado por dar soporte probatorio a la versión de la víctima, tomando para el efecto entrevistas de dos acudientes al lugar donde se dieron los hechos materia de investigación, esto es, a la víctima y su esposo, así mismo, que adelantó gestiones para identificar presuntos agresores y adelantar un soporte técnico al asunto, recordando las actuaciones arriba citadas, pero que pese a los esfuerzos investigativos no se encuentra en la carpeta elementos materiales probatorios que tengan el peso suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, misma que es de carácter constitucional, por lo que no cuenta con

los medios para presentar en juicio oral elementos concretos que permitan demostrar más allá de toda duda razonable para llegar a un fallo condenatorio.

Agrega que según su percepción la víctima tiene un lapsus en el que no tiene memoria de lo ocurrido, por lo que se deja llevar por lo que su esposo le informa al respecto y que llevó después al reconocimiento fotográfico, cuando, en la versión inicial fue insistente al indicar que no recordaba nada.

Al margen de lo anterior explica que en caso de darle fortaleza a la versión del esposo de la víctima no se estaría frente a un testigo directo, pues este fue informado de los hechos por las empleadas, quienes son las que salen con la víctima, sumado a que no se establecen actuaciones de los indicados para indicar que se está frente al delito de secuestro simple, pues, dado el estado de alicoramiento de la víctima, fueron las mismas partes las que accedieron a que sea transportada por los procesados, y que éstos últimos indicaron que nunca fue su intención transportarlos a todos en tanto que ya eran cinco los ocupantes de la camioneta, aclarando que su ofrecimiento se limitó a transportar a la señora ..., atendiendo a las discusiones que tenía con su esposo, hecho éste último que llevó a que ingiriera licor con el capitán.

Es enfática la delegada de la Fiscalía en el hecho de que la falta de recuerdos de la señora ... constituye un bache insalvable en el asunto y que las versiones que suministraron los testigos no tienen la fortaleza necesaria para llevar a los procesados a juicio oral.

Trae a colación la indemnización acreditada por la suma de 23 millones de pesos en favor de la víctima, pero a la par explica que

según los procesados, la actuación se generó como consecuencia del temor que tenían a que el proceso penal perjudicara su situación laboral, pero que jamás reconocieron su culpabilidad en el asunto, pero que a la fecha ya cuentan con archivo de la investigación disciplinaria que por los hechos se estaba adelantando.

Para concluir, retomando aspectos arriba expuestos, indicó que no se encuentra probado el arrebatamiento de la víctima, pues aquella nada recuerda del momento, aunado que los testigos no pueden advertir que sea violento y que el cotejo de ADN demostró que los investigados no son los autores materiales de la presunta agresión sexual, más cuando para ello se llegó a la conclusión a partir del dolor vaginal que presentó al día siguiente la señora ... y que motivó su concurrencia al hospital, elementos con los cuales considera el ente acusador que resultó imposible desvirtuar la presunción de inocencia.

3. La providencia impugnada

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el día 10 de septiembre de 2018, se constituye en audiencia, previa petición de preclusión solicitada por el ente instructor, en favor de los señores DAHM, DHPB, JFVM y EADR, por los delitos de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y secuestro simple.

En el desarrollo de la misma, el *a quo* se propuso escuchar los planteamientos esbozados por la fiscalía, la representación judicial de la víctima, el ministerio público y los defensores, tras lo cual emite su pronunciamiento (1h. 30m. 40ss), comenzando por llamar la atención a la falta de protección de las evidencias por parte de los miembros de policía judicial, pasando a ordenar la compulsión de

copias para los servidores públicos que el día de los hechos estuvieron de turno.

Ya en torno a las argumentaciones llevadas por las partes, concluyó que hay dos posturas, la de la víctima, según la cual el día de los hechos estaba en un punto de ebriedad alto, al punto de quedarse dormida en la barra, y la de los investigados, según los cuales la señora ... estaba frente a problemas maritales, por lo que decidió departir con el "coronel".

Lo anterior para indicar que la postura de los procesados se traducen en coartadas o declaraciones defensivas que no pueden ser tomadas en cuenta por la judicatura, pues, la víctima ingiere licor en presencia de su esposo, sumado a que el dicho de que los policiales sólo se ofrecieron a transportar a la señora J y se deje a su esposo escapa de sentido lógico coherente, pues, los miembros de la Policía Nacional cuentan con una preparación especial para manejar ese tipo de situaciones, en tanto que son conscientes de que transportar a una persona en estado de ebriedad inmediatamente los convierte en garantes de su integridad.

Así consideró que los alegatos de la Fiscalía no resultan acertados cuando afirma que no cuenta con evidencia suficiente, pues, es sabido que la víctima se encontraba en imposibilidad de dar consentimiento respecto de su locomoción, al punto de que una de las testigos afirma que fue llevada a rastras, insistiendo en que lo más reprochable es que se haya abandonado a su esposo.

Así, explicó que para el Despacho no se está en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia o que exista una duda insalvable, toda vez que evidentemente se atentó en contra de la

libertad de una persona, aunado a una serie de elementos arrimados en las entrevistas de la víctima y su esposo que no se tuvieron en cuenta, como que la señora ... mojó su ropa y que presentó un cuadro psiquiátrico a raíz de los hechos, prueba que no ha sido valorada en su integridad.

Aunado a lo anterior trae a colación que existen declaraciones de personas que observaron que a la señora ... se la llevaron los policiales en el vehículo, y que si bien, no se pudo constatar la oposición del esposo, lo lógico era que los mismos la trasladen hasta la URI donde se estaba recibiendo la denuncia y no enviarla sola en un taxi en estado de ebriedad.

Con lo anterior resolvió negar la preclusión de la acción penal requerida por el ente acusador, ordenándole que ahonde en las evidencias, pues se está frente a un atentado contra la integridad de una mujer.

4. Sustentación del recurso e intervención de los no recurrentes

4.1. Intervención de la Fiscalía²

La señora representante del ente acusador, solicita la revocatoria de la decisión que se ha tomado por parte del juzgado de conocimiento, pues no tiene Elementos Materiales Probatorios sólidos.

Para sustentar su disenso indica que no se está frente a la desprotección de una víctima sino a la ausencia de elementos para

² C.D. Audiencia de preclusión de la investigación 1h. 39. 09 ss

sustentar una teoría del caso, agregando que en momento alguno se margina a la señora ... por haber ingerido alcohol, sino que el punto radica en que dicha circunstancia impide que se cuente con un elemento material probatorio sólido.

Acepta que los tiempos de la investigación no han sido ajustados, pero aclara que debe tenerse en cuenta los elementos materiales probatorios que hasta el momento se han acopiado.

Así, recordó que se cuenta con la versión de la señora Jacqueline, quien desde el principio reconoce estar en incapacidad de recordar los hechos materia de investigación, por lo que su denuncia se suscita por hechos narrados por su esposo.

Añade que no es cierto que la víctima señale a los investigados como autores de la conducta delictiva, pues, insiste, en que aquella no recuerda los hechos, y que como si ello no fuera suficiente, se cuenta con prueba científica que da cuenta que los restos de piel que tenía la víctima y que el esperma que se encontró en su cavidad vaginal y prendas íntimas no corresponden a los 4 procesados, es decir, que científicamente se demostró que los indiciados respecto de los cuales se pide la preclusión de la investigación no cometieron la conducta delictiva.

En la misma línea explica que no tiene oposición para que se compulse copias para investigar al esposo de la señora ... o terceros, pero recuerda que el motivo de la presente investigación es establecer la presunta participación de los procesados, aclarando que mal haría al continuar con el proceso penal cuando cuenta con una evidencia física tan contundente como lo es la prueba de ADN.

Ahora sobre el delito de secuestro simple considera la Fiscalía puede subsistir, pero que se está frente al mismo problema inicialmente enunciado, esto es, la falta de memoria de la víctima, por lo que recuerda que la solicitud de la preclusión de la investigación no se pide por inexistencia del hecho sino por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Pone de presente que se optó por obtener una prueba neutral como lo es la búsqueda selectiva, pero que a la misma no se pudo acceder, sumado a que aunque valorado el video que presuntamente podía evidenciar los hechos denunciados, el mismo no pudo dar claridad al respecto, por cuanto el mismo esposo de la víctima indica que para el momento en que surgió el suceso, la cámara giró.

Ahora sobre la obligatoriedad del ejercicio de la posición de garante que exigía llevar a la víctima hasta su casa o junto a su esposo, indica que más que ser un hecho de reproche penal lo es de carácter moral.

En ese orden concluyó que si los elementos materiales probatorios no dan para una formulación de imputación, menos para una acusación y que puestos en la balanza no tienen la entidad de desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que no puede llevarse tal situación ante un juez, insistiendo en la solicitud de la preclusión de las investigaciones.

4.2 Intervención de la Representación Judicial de la Víctima como no recurrente³.

³ C. D. Audiencia de Preclusión de la investigación, 1h. 53m 29 ss

La parte en cita solicita mantener la decisión adoptada; para el efecto, señala que de acuerdo a las convenciones de Belem do Para y Cedaw, se debe erradicar toda forma de violencia contra la mujer; que si bien la señora ... estaba en estado de embriaguez, su esposo y las personas que trabajan con ella, son las que dan cuenta de lo sucedido. Agrega que hay muestras de restos de piel en uñas y de espermatozoides en cavidad, que el cotejo es negativo, solicita se repita, dice que se dan los delitos de secuestro, que la víctima estaba en situación de indefensión y que ellos al llevarla tenían posición de garante; que el coronel señalado era conocido y sabía donde vivía la señora, sumado a que también estaba su esposo para cuidarla.

Finalmente, que la empleada DAD y el esposo dan cuenta que los hechos se generaron en contra de la voluntad de la señora ..., por lo que no se está victimizando para lucrarse.

4.3 Representante del Ministerio Público⁴, como no recurrente.

El Agente del Ministerio Público se pronuncia indicando que es evidente que hay deficiencias en la actuación realizada por los servidores públicos que se encontraban en la URI y que el trascurso del tiempo no solo es reclamado por la víctima, que la situación sub judice que tienen los indiciados se debe definir.

Ya respecto a la pronunciación al Despacho, debe decir que la fiscalía debe atenerse a la realidad que ahora afronta, que faltan EMP ejemplo examen toxicológico, pero que la realidad procesal no supera las deficiencias, que no hay uso de la fuerza, hay inconsistencias serias y que no hay memoria de los

⁴ C.D. Audiencia de Preclusión de la investigación, 1h. 59m 15 ss.

acontecimientos, por lo que solicita se acoja la petición de la fiscalía y se revoque la decisión y proceda la preclusión.

4.4. De la defensa de los indiciados.

4.4.1 Defensa de los indiciados DAHM, DHPB, JFVM y EADR ⁵.

Solicita a la Sala Penal, acepte la preclusión y manifiesta que no se opone a la apelación.

4.4.2 Defensor del indiciado DHPB⁶.

Presenta su argumentación de conformidad con los artículos 175 y 177 del procedimiento penal, indica que hay dos puntos que no fueron objeto de análisis por el juez, que la decisión no analizó cada uno de los EMP, que no es cierto que fue coaccionada, la víctima estaba en estado de inconsciencia, que no es posible extender la figura de posición de garante, que lo pretendido era la salvaguarda de la señora por ello la suben, que por el estado de enervación no se puede dejar a la vera del camino y por ello la llevan al lado de su esposo a la URI. Frente al delito sexual no hay motivación debida, hay prueba científica que no deja duda, hubo maltrato de la prueba, los elementos no ofrecen mérito para un proceso y se debe salvaguardar la presunción de inocencia, pues la víctima no presenta elementos, por lo cual se debe revocar la decisión.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

⁵ C. D. Audiencia de Preclusión de la investigación. 2h. 12m. 06 ss.

⁶ C. D. Audiencia de Preclusión de la investigación. 2h. 12m. 54 ss.

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto de 10 de septiembre de 2018 emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema que se plantea

Se trata de examinar en primer lugar, la procedencia de precluir la investigación, bajo el reconocimiento de la causal de “*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*” que fundamenta la Fiscalía.

3. De la Preclusión de la investigación

La sistemática procesal penal en nuestro sistema oral, no es ajena a la posibilidad que mediante la figura jurídica de la preclusión de la investigación se llegue a la terminación del proceso, sin que se surtan todas las etapas ordinarias.

La preclusión no es una figura novedosa, todos los procedimientos la han consagrado, así en los procedimientos penales anteriores, decreto 2700 de 1991 y ley 600 de 2000, se establece como preclusión de la investigación y cesación de procedimiento.

En el sistema penal acusatorio, tiene su consagración constitucional, el artículo 250 numeral 5, normativa que faculta al Delegado de la Fiscalía General de la Nación, para que presente ante el juez de conocimiento la petición de preclusión cuando según lo dispuesto en la ley, no existiere mérito para acusar. Y en virtud del principio de la

legalidad, este instituto se desarrolla en los artículos 331 y 335 de la ley 906 de 2004, el primero que surge del precepto constitucional consagra que: *En cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.*

Ha querido el legislador penal, que esta petición de preclusión que realiza el delegado de la fiscalía, pueda efectuarse en dos momentos claramente definidos por el momento procesal en que puede solicitarse, durante la investigación, y luego de iniciada la etapa de juzgamiento. Durante la etapa de investigación, el fiscal puede hacer uso de cualquiera de las causales consagradas en el artículo 332 de la ley 906 de 2004, en virtud que, como dueño de la investigación solo él puede renunciar a aquel ejercicio y mediante esta figura solicitar el archivo de la investigación. En la etapa de juicio, como lo indica el párrafo del artículo 332 citado, de sobrevenir las causales contempladas en los incisos 1 y 3, la solicitud la puede realizar el fiscal, el ministerio público y la defensa.

Las causales tienen naturaleza objetiva, lo cual es absolutamente lógico, dado que al darse una forma anticipada de terminación del proceso penal, solo pueden ser por situaciones que no involucren responsabilidad penal cuyo ámbito de definición es el juicio oral.

La decisión que se toma en la audiencia que precluye tiene carácter definitivo o de cosa juzgada, por la clase de providencia que se emite.

3.1 Causal 6: *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

Lo ha dicho la jurisprudencia de la Alta Corporación, tal vez se trata de la causal más compleja de demostrar, por cuanto el representante de la fiscalía, cuando hace la solicitud de preclusión con base en ésta debe demostrar que ha realizado una investigación completa y que en desarrollo de su programa metodológico ha cubierto la totalidad de hipótesis delictivas, sin poder desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado o imputado.

En este sentido, se pronunció la CSJ AP del 28 de octubre 2015, Rad. 42949, de la siguiente forma:

“Ahora bien, cuando se trata de la causal sexta -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el in dubio pro reo.

(...)

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía, alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal.

Significa lo anterior que en etapa de indagación o de instrucción, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, no se pueda afirmar con probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió o que el implicado es su autor o partícipe.

En consecuencia, si evaluada la indagación o la investigación no se alcanza el estándar de conocimiento necesario para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por la causal sexta, dado que es constitucionalmente inadmisibles, mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para acusar o para precluir por una causal diversa a la enlistada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.”

Quiere decir lo anterior, que para la prosperidad de esta causal, la actividad probatoria realizada por la fiscalía general de la Nación debe ser muy prolija y con ese estándar requerido para que se pueda deducir que una persona no puede estar atada indefinidamente a una investigación penal.

3.2. Examen de los medios de prueba y del caso en concreto.

Sea lo primero manifestar, que en contra de los señores DAHM, DHPB, JFVM y EADR no existe formulación de imputación por delito alguno y es la señora fiscal quien en audiencia de petición de preclusión, señala que los cargos por los que se pide preclusión son acceso carnal con incapaz de resistir y secuestro simple.

Al parecer, dado el reporte realizado por la enfermera Sandra Cabrera del hospital civil, el día 3 de julio de 2014, aproximadamente a las 9:20 horas, se dio parte de un caso de acceso carnal violento, con lo que se da inicio a la presente investigación, en la que se realizan entrevistas a la víctima y a su esposo, se envía a la primera al Instituto de Medicina Legal, con el fin que sea valorada psicológica y sexológicamente, de igual manera para la búsqueda de espermatozoides y demás fluidos biológicos para que se conserven para el cotejo genético. Además, que se

entregaron las prendas que en la fecha de los hechos la víctima llevaba consigo.

La regla general, en este tipo de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, dada su naturaleza, generalmente ocurren en espacios cerrados o despoblados o con ayuda de la noche, ajenos al conocimiento de personas diferentes al agresor y a la víctima, donde el victimario busca espacios propicios para no ser descubierto y tener éxito en su propósito delictivo, por lo que el dicho de la víctima resulta esencial y corroborado con los demás elementos probatorios demuestran la situación fáctica.

La excepción tiene que ver con los casos en que la víctima no puede dar fe de lo sucedido, pero con el acopio de todos los elementos materiales probatorios se puede llegar a la determinación de los realizadores de este comportamiento, es decir con la corroboración periférica.

Y la particularidad que tiene este caso es que la víctima, a partir de un momento de la noche del 1º de julio de 2014, no recuerda lo sucedido dada la ingesta de licor, de la cual también ella se sorprende por cuanto no le había ocurrido situación parecida con anterioridad.

Cuando ella se da cuenta que algo ha sucedido en su cuerpo, con el apoyo de su esposo, acuden al hospital civil, donde son atendidos y de inmediato reportada la situación para que sean las autoridades encargadas de la investigación quienes deben dar claridad sobre lo sucedido.

Ahora, de la labor que ha realizado el ente investigador en desarrollo de su programa metodológico, de acuerdo a los elementos expuestos, se tiene: i) entrevistas a la víctima y a su esposo en diversas ocasiones; ii) orden de valoración sexológica y psicológica de la víctima; iii) solicitud de la historia clínica de la víctima; iv) entrevista a una de las compañeras de trabajo de la víctima señora DADE; v), declaración extra proceso de la otra compañera RMMB rendida en la notaria tercera del círculo de Pasto; vi) cotejo de ADN para los indiciados respecto de los fluidos encontrados en la vagina y del material encontrado en las uñas de la víctima; vii) el interrogatorio de tres de los indiciados; viii) entrevista al abogado Jairo Arturo Rueda Narváez; ix) documentos de un acuerdo suscrito entre la abogada Astrid Villalobos, quien obra en representación de los indiciados, y la víctima, respecto de la entrega de una dinero, por esta investigación, de fecha 13 de agosto de 2014; uno, realizado a mano (folio 76), y otro, en computador que se refiere a un acuerdo que se efectuara en la fiscalía 15 seccional de Pasto.

A la par con lo anterior, se tiene que la real sustentación de la fiscalía para solicitar la preclusión de la investigación en favor de los indiciados DAHM, DHPB, JFVM y EADR, es la base de la opinión pericial del INML seccional Cali, obrante a folio 1 a 5, pues, tal documento excluye a los indiciados DHPB, JFVM y EADR, luego del cotejo con los fluidos encontrados en la víctima; igual sucede con el indiciado DAHM, respecto de la opinión pericial obrante a folio 10 a 15, que de igual forma lo excluye luego del cotejo de ADN del material encontrado a la víctima.

Debemos tener claro, que en el desarrollo de la audiencia de preclusión, se hace necesario demostrar en grado de certeza la

causal alegada, esto es, demostrar que objetivamente no es posible continuar con la presente investigación, para el caso, que no hay hipótesis investigativas, porque todas ya fueron abordadas y no fue posible destruir la presunción de inocencia.

Cuando el artículo 250 de la Carta Política le asigna la facultad investigativa a la fiscalía, le señala que debe adelantar la labor en los hechos que revistan característica delictivas, esto es, que debe hacer análisis sobre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores, por lo que la hipótesis de la fiscalía debe ir tras la verdad de lo acontecido; se recuerda que el ente acusador está en la obligación de actuar con objetividad, tal y como lo dispone el artículo 115 de la ley 906 de 2004, mismo que se irradia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el tópico en sentencia penal del 8 de marzo de 2017, radicado 44599, dijo:

“Para constatar si los hechos que llegan a su conocimiento “revisten las características de un delito” (Arts. 250 de la Constitución Política y 287 de la Ley 906 de 2004), o si puede afirmarse que se trata de una conducta punible (Art. 336 ídem), es imperioso que el Fiscal verifique cuál es el modelo de conducta previsto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, para lo que debe realizar una interpretación correcta de la ley penal.

Así, por ejemplo, para optar por una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, debe constatar los elementos estructurales de dicha figura, según su descripción legal y el respectivo desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Luego, debe verificar si los hechos del caso pueden ser subsumidos o no en ese referente normativo (Ver, entre otras, CSJ SP, 2 Sep. 2009, Rad.29221).

Como es apenas obvio, al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera.”

En el caso en comento, observa la Sala, que existen elementos que determinan la ocurrencia de un hecho, tal vez punible, pero que la fiscalía no ha podido dilucidar, y el fin de la causal alegada, no es la presentación de una serie de situaciones que van a generar dudas, la labor investigativa tiene que desentrañar todos esos aspectos que generan la duda, y llegar a una investigación donde resulta imposible desvirtuar la presunción de inocencia.

Respecto del delito contra la libertad, formación e integridad sexual, se ha acopiado a la investigación lo encontrado en la víctima, información genética que determina una relación sexual con un individuo; y se encuentra también material en las 10 uñas de ella.

Véase que lo que refieren los indiciados es que ellos no tuvieron esa relación sexual con la víctima, en tanto es claro que existe, como lo dice aquella base pericial, otro individuo al cual pertenece la información genética encontrada. No se trata de investigar a una tercera persona, es que en este proceso investigativo, la fiscalía todavía no ha podido definir si existe o no delito, por lo tanto debe solicitar exámenes también al esposo de la señora ...

No podemos pasar por alto, que la mencionada señora fue llevada por los policiales por un espacio de tiempo aproximado a las dos

horas y que en las entrevistas realizadas a ... y su esposo se refiere que al día siguiente no pudieron sostener una relación íntima dado el dolor que ella presentaba, y que es esto lo que los lleva al hospital de la ciudad.

Si ello es así, hay una persona que accedió sexualmente a la víctima y se debe dar con su paradero, no significando que los indiciados estén libres de responsabilidad, dado que es en este lapso donde presuntamente tal situación ocurre.

Se debe recordar que, al parecer, según lo expuesto en las entrevistas al esposo de la víctima, durante este interregno él realiza varias llamadas al celular de aquella, en una le contesta una voz de sexo masculino, y en otra en la que poco coordina a responder la señora le informa que está en la URI, y con gran sorpresa, tiempo después ella llega a dicho lugar, se dice que en taxi, pero realmente es otro aspecto que esta sin dilucidar; si bien se ha dicho en la audiencia que para no dejarla a la vera del camino es llevada al lado de su esposo a la URI, riñe su llegada en taxi y no en el automotor en el que inicialmente fue subida.

Pero los indiciados también ya han dado su versión sobre estos hechos, y procuran establecer como antecedente un mal trato dentro de la relación sentimental de la víctima y su esposo, por lo cual ella les pedía ayuda para salir de aquel sitio, situación que tampoco ha corroborado o desvirtuado la fiscalía, conclusiones que deberían ser importantes para el ente acusador en aras de determinar las circunstancias en que suceden los hechos.

En los interrogatorios los tres indiciados DHPB, JFVM y EADR, se indica que a la señora ... la dejan en el lugar que la recogieron, que

luego de dar vueltas por espacio de media hora aproximadamente la dejan en el bar, para que tome un taxi; sin embargo, no se ajusta con los tiempos indicados por el esposo y las trabajadoras del establecimiento, esto es, que transcurrieron aproximadamente dos horas. Si como se dice, en las entrevistas, ellos ofrecieron llevar a todos a sus hogares, resultó poco convincente que al final, ella sea dejada en la calle, en el mismo lugar de donde la recogen.

Tampoco pueden pasar desapercibidos los documentos que demuestran la entrega de un dinero a la víctima, y que se articula con la entrevista del primer abogado de aquella, pues, queda en duda cuál es la razón para entregar aquel dinero, en tanto que se puede hablar de un pago por indemnización. Pero son temas que tampoco tienen una resolución por parte de la fiscalía, del interrogatorio al indiciado PB indica que esta situación obedece a una forma intimidante y amenazante utilizada por el abogado que solicita dinero, según la pareja para retirar el caso, vemos que él menciona que se trata de una extorsión, pero finalmente entrega una cantidad de dinero, a través de su abogada.

Y en las entrevistas realizadas al esposo de la víctima y a la empleada DA, y la diligencia extra proceso de la señora RM, se indica que a la señora ... le llevan, cargada o del brazo, por su avanzado estado de ebriedad, hecho que puede considerarse como contrario a la voluntad de la víctima con miras a la configuración del secuestro simple, pues, objetivamente tenemos que decir que hay elementos para este tipo penal.

El secuestro simple es de los llamados de resultado, de conducta permanente, de lesión, pluriofensivo, para que la conducta se perfeccione, es necesaria la efectiva privación de la libertad del

sujeto pasivo, sanciona las privaciones antijurídicas de la libertad cualquiera que sea el fin perseguido por el agente distintos a los del secuestro del artículo 169 del código penal.

El aspecto objetivo del tipo delictivo de SECUESTRO SIMPLE lo integran los sujetos (activo y pasivo); la acción que se traduce en arrebatarse, sustraer, retener u ocultar a una persona.

De la descripción del tipo penal se tiene los verbos rectores arrebatarse, sustraer y retener. Se hace necesario entrar a definir estos términos con miras al mejor entendimiento de la acción sucedida.

En ese orden, se sabe que por arrebatarse, se ha indicado que es el acto de tomar por la fuerza a una persona y desplazarla del ámbito de sus actividades; sustraer, es la acción por medio de la cual con actos engañosos o violentos se saca al sujeto pasivo de la órbita normal de sus actos, lo esencial es sacarlo de su ambiente y que llevarlo a uno extraño; retener, es mantener contra la voluntad a una persona, en un lugar, esto implica la obstrucción de su derecho de locomoción y autodeterminación; y ocultar, es esconder al sujeto pasivo, para que por las demás personas ignoren su paradero y su situación.

Se ha señalado expresamente, que la configuración del delito de secuestro no depende de la temporalidad de la acción sino de la efectiva vulneración del derecho a la libertad de locomoción.

Ahora, sobre el delito de secuestro la Jurisprudencia Constitucional ha señalado:

“Para la comisión del secuestro, la forma como éste suceda es indiferente. En efecto, puede ser mediante amenazas, fraude o violencia; puede consistir en sujetar físicamente a la víctima, con esposas, mordazas, cadenas, etc. Lo importantes el resultado, es decir, que la víctima pierda físicamente la capacidad de moverse de acuerdo a su voluntad. Este punto es importante para distinguir el secuestro de otros delitos contra la autonomía personal, consagrados en los artículos 276 y siguientes del Código Penal.” (C. Cnal C-599 de 1997 M. P. Jorge Arango Mejía)

Y la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, con ponencia del magistrado Dr. Luis Guillermo Salazar, SP del 2 de noviembre de 2016, radicado 46782 dijo:

“Ahora bien, el hecho punible de secuestro simple tipificado en el artículo 168 del Código Penal se consuma con la privación de la libertad de la persona, mediante la ejecución de alguna de las conductas alternativas que lo configuran, con propósitos distintos a las previstos para el extorsivo; basta el acto de coartar la autonomía de locomoción que asiste a la persona sin necesidad de alcanzar el fin que orienta el comportamiento de su autor o partícipe.”

Si de las entrevistas realizadas a quienes acompañaban a la víctima se dice que fue llevada del brazo, a sabiendas de su estado de alcohóramiento, debe verificarse si se está en uno de los verbos rectores del mencionado artículo, dado que el factor temporal que coartó su libertad de locomoción, si está demostrado.

Bajo este panorama, lógico es concluir que la causal de preclusión invocada no se acreditó en debida forma, en razón a que la falta de elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía no permite obtener claridad respecto la estructuración de los delitos por los que se investiga a los indiciados.

Por lo tanto, se confirmará la decisión recurrida.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Resuelve:**

1°. **Confirmar** el auto recurrido de la naturaleza y procedencia conocidas

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,

HÈCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario