



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

**ACTO SEXUAL VIOLENTO – IMPROCEDENCIA DE LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR ATÍPICIDAD DE LA CONDUCTA: La imposibilidad de la víctima de efectivizar una protección y rechazo hacia el victimario, no desmerita el uso de la violencia hacia la víctima, es así al no presentarse un hecho que resista de forma contundente la violencia no significa que esta no exista.**

En primer lugar, en el relato de la joven, plantea que trató de negarse a las pretensiones que claramente no consentía, ni se sentía cómoda con lo que sucedía, refiriendo incluso miedo, máxime cuando se negó enfáticamente tratando de evitar a la cercanía con el victimario, que como respuesta de dicha actitud la agredió verbalmente y la amenazó para no contar nada de lo perpetrado y que volviese a la cama con él; se denota que hubo coerción, y que en efecto se generó el temor a través de sus amenazas y malos tratos, de ahí que por medio de la intimidación se buscó doblegar la voluntad. Ahora bien, la fiscalía retrata un escenario en donde no se materializó violencia porque no hubo oposición suficiente de la víctima, endilgando al sujeto pasivo una parte activa en la comisión del delito, lo cual no es loable, además de la falta de sustento probatorio para tal aseveración, por cuanto la imposibilidad de la víctima de efectivizar una protección y rechazo hacia el victimario, no desmerita el uso de la violencia hacia la víctima, es así al no presentarse un hecho que resista de forma contundente la violencia no significa que esta no exista.

**IMPORTANCIA DE LOS INFORMES PSICOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS SEXUALES – AUSENCIA DEL DICTAMEN PERICIAL: La Fiscalía no ha desplegado a plenitud las actividades de investigación orientadas a esclarecer la responsabilidad en el hecho que se investiga.**

A la carga motivacional que apuntó a la negación de la preclusión, se agrega la falta de elementos materiales probatorios, como el informe psicológico de la víctima, dictamen común en este tipo de delitos, a la cual la fiscalía responde a su no inclusión en la investigación, que dicho dictamen no es obligatorio y que no hay nada más que la víctima pueda decir a un psicólogo que no haya dicho en entrevista con los investigadores, llamando la atención el detrimento de relevancia del peritaje psicológico y la falta de trabajo y profundización en la investigación. Al respecto la doctrina menciona la importancia de los informes psicológicos en el ámbito jurídico probatorio: “La psicología es una de las ciencias que puede intervenir de modo crucial en los escenarios judiciales a través de los peritajes. Como disciplina que estudia el comportamiento humano para describirlo, explicarlo, predecirlo y controlarlo, se constituye en un valioso instrumento en el campo jurídico, a través de la llamada psicología jurídica, una sub especie de la psicología que estudia los comportamientos que pueden ser contemplados desde la perspectiva y las consecuencias jurídicas. En este sentido, es un importante apoyo para los jueces al momento de analizar y tomar sus decisiones en los procesos penales a su cargo, a través de los llamados peritajes psicológicos y ello con total independencia de que su ofrecimiento para respaldar una determinada teoría, se haga por parte de la fiscalía o de la defensa. Por esta razón, hoy es una realidad que el psicólogo jurídico intervenga cada vez más como perito en los procesos judiciales de abusos sexuales contra los menores de edad, en especial, para determinar su credibilidad cuando estos se declaran víctimas de algún tipo de abuso sexual. Estos peritajes psicológicos deben valorarse con base en los criterios técnico-científicos consagrados en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004. Por considerarse los delitos sexuales en muchas ocasiones un delito en los que solo hace presencia la víctima y el agresor, porque no existen testigos directos del hecho, la prueba pericial resulta ser uno de los elementos más valiosos e importantes en el proceso en búsqueda de esclarecer los hechos.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”  
Ley 1128 de 2007**

**SALA ÚNICA**

CLASE DE PROCESO:	PENAL – PRECLUSIÓN.
RADICACIÓN:	15757-31-89-0001-2020-00019-01
ACUSADO:	JOSÉ GABINO ROMERO TORRES
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SOCHA
DECISIÓN:	CONFIRMA
APROBADA	Acta N° 143
MAGISTRADO PONENTE:	Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020)

**I. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la providencia del 9 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, mediante la cual se negó la preclusión de la investigación adelantada contra JOSÉ GABINO ROMERO TORRES por el presunto punible de ACTO SEXUAL VIOLENTO.

**II. HECHOS**

2.1. Se extrae de la información del expediente de la solicitud preclusiva, en síntesis, los siguientes:

- Hace aproximadamente cuatro años, en finca de propiedad del hermano del José Gabino y padre de la víctima, ubicada en zona rural del Municipio de Socotá, se encontraban el indiciado y la víctima haciendo laborales ganaderas.

- Pasaron la noche solos en dicha finca, donde tuvieron que compartir la única cama que había, momento en el cual el tío de la víctima tocó sus partes íntimas, para la época ella tenía 14 o 15 años.
- Posteriormente el indiciado le hizo preguntas sobre su vida sexual, la cual la víctima no había iniciado y le ofreció dinero para acceder a sus solicitudes de índole libidinoso, al recibir negativa de la víctima fue agredida verbalmente y amenazada con atentar contra su vida si contaba algo a sus familiares.
- La víctima volvió a la cama con el indiciado y después de suceso no informó a su familia de lo sucedido.
- El 27 de Julio de 2017 la víctima presenta denuncia formal en contra del Sr. José Gabino Romero Torres.

### III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Adelantadas las diligencias propias de la etapa de indagación preliminar, el ente acusador radicó solicitud de preclusión el 18 de febrero de 2020 a favor del indiciado JOSÉ GABINO ROMERO TORRES, por considerar que se estructura la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004: la “*Atipicidad del hecho investigado*”<sup>1</sup>; petición que fue negada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, en audiencia de preclusión celebrada el 9 de junio de 2020<sup>2</sup>.

Dicho ruego lo sustentó el ente acusador aduciendo que con base en el compendio probatorio la conducta denunciada es atípica, puesto que la víctima no refirió ningún acto de violencia mientras le hacía los tocamientos en sus partes íntimas, lo que lleva a concluir que no hay delito pues no hubo ninguna clase de violencia, requisito para estructurar la tipificación del delito acto sexual violento.

---

<sup>1</sup> Folios 3-4 cuaderno principal Juzgado.

<sup>2</sup> Folios 19-20 cuaderno principal Juzgado.

#### **IV. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El 09 de junio de 2020, una vez escuchadas las partes e intervinientes, el juzgado negó a la solicitud de preclusión, tras estimar que, estudiadas las pruebas presentadas por la Fiscalía, no se pudo establecer que la conducta fuese atípica, ya que no se puede afirmar con certeza la inexistencia de algún tipo de violencia física o psicológica frente a los actos sexuales en contra de la integridad de la víctima Deysi Lorena Romero Rodríguez, además considerando que faltaron elementos materiales probatorios para determinar la tipicidad o no de la conducta denunciada, como el informe psicológico de la víctima, entre otros<sup>3</sup>.

#### **V. EL RECURSO DE APELACIÓN**

5.1. Inconforme con la decisión, la fiscalía interpuso y sustentó recurso de apelación, alegando que la prueba psicológica no es obligatoria recepcionarla, máxime cuando dentro de los elementos materiales probatorios que se recopilaron no hay más por recepcionar, pues bien se señala que se realizó entrevista a la víctima, el interrogatorio al indiciado, entrevista a los progenitores de la víctima y al actual compañero de las misma.

- Que la denuncia fue colocada cuatro años después de los hechos ocurrieron, lo que imposibilita establecer fehacientemente la no existencia del elemento subjetivo en este caso la violencia.

-Manifestó que en ningún momento hubo violencia para llegar a la comisión de los actos sexuales de que fuera víctima la menor Deisy Romero, incluso con la recepción de la entrevista de la misma víctima quien en ningún momento señala que haya habido violencia por parte del sujeto activo de esta conducta.

- Advirtió que el hecho de que la menor hubiese estado en un sitio lejano de su casa, no quiere decir que ella no hubiera podido defenderse o repeler de

---

<sup>3</sup>Audio 9 de junio de 2019, audiencia preclusión

alguna manera los tocamientos por parte del sujeto activo, pues una vez cometida esta situación ella vuelve y se acuesta con él.

-Reiteró para colocarla encima de él como puntualmente lo refiere la víctima no se ejerció ninguna coacción por parte del indiciado.

-Refiere la no importancia de la prueba psicológica, porque la víctima a la psicóloga le va a referir lo mismo que relacionó dentro de la entrevista que se rindiera y en donde señaló exactamente las circunstancias de tiempo modo y lugar, sin señalar dentro de ella la existencia del elemento subjetivo de la violencia.

## VI. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

**6.1. Representante de Víctimas** se opuso a lo expuesto por la Fiscalía, citando que las estadísticas de medicina legal muestran que la mayoría de los victimarios de este tipo de delitos son familiares aprovechándose, como en el presente caso, de circunstancias como encontrarse en un lugar lejano donde no había otra persona o un tercero que interviniera.

- Esgrime que a la víctima efectivamente se le han ocasionado daños y secuelas psicológicas irreparables por esta razón solicita se ratifique la decisión de primera instancia que negó la solicitud de preclusión.<sup>4</sup>

**6.2. Defensa**, apoya la solicitud y posterior apelación de la negación de preclusión propuesta por la fiscalía.

-Refiere que existe la suficiente demostración por parte de la Fiscalía en cuanto a la atipicidad, como producto de las labores de las investigaciones adelantadas solicitando a esta Corporación la decisión que sea precluya la investigación que sigue en contra del señor José Gabino Torres<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Audio 9 de junio de 2019, audiencia preclusión

<sup>5</sup>Audio 9 de junio de 2019, audiencia preclusión

## VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 7.1. Competencia.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soatá, mediante la cual negó la solicitud de preclusión que solicitó la Fiscalía.

Con el fin de resolver las inconformidades planteadas, esta Sala procederá a: (i) precisar el marco jurídico y jurisprudencial que atañe a la preclusión por la casual invocada; para, luego, (ii) analizar la procedencia de esta figura en el caso concreto.

### 7.2.- La preclusión de la investigación

Es pertinente acotar que la Sala determina 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 reprochada al indiciado, o si no cabe tal decisión judicial, como lo consideró la Juez de primera instancia.

Antes de irrumpir en el tema concreto de debate, 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 de manera detallada 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 ley penal, 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 norma penal, siempre que se acredite una de las circunstancias taxativamente contempladas para el efecto.

La posibilidad de que el Juez acceda a un pedido así, está basada en la existencia de un convencimiento indudable que demuestre la ausencia de mérito para acusar, que desde luego lo proporciona la argumentación de tipo fáctico y jurídico, edificada en los elementos que atestigüen acerca de los elementos integradores de la causal invocada, carga que de no satisfacerse, conduce a su negación, exigiendo al ente investigador a seguir adelantando las actividades que le son propias.

En virtud de las anteriores precisiones, queda claro que es un requisito para la Fiscalía en todos los eventos, demostrar la causal invocada, lo que implica entregar los elementos de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, que respalden la solicitud de preclusión.

Ahora bien, conforme con el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, 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 acusación, 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. 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.”*

En el presente caso el ente acusador basó su petición en la causal 4ª de las nombradas, aquella que expresa “la atipicidad del hecho investigado”, pues según su criterio, la conducta objeto de discusión no se configura por ausencia

de un elemento que constituye el tipo penal, este es “la violencia”. Respecto a esa causal, la Corte se ha referido a respecto:

*“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-”<sup>6</sup>*

La figura jurídica de la preclusión de la investigación permite al juez, sin ninguna duda, arribar a la conclusión de que la conducta es penalmente atípica, objetiva o subjetivamente. En la comparación 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 observar la existencia del dolo, única modalidad conductual posible en esta clase de delitos.

Para obtener dicho resultado sobre el juicio de tipicidad objetiva, es necesario revisar lo que señala el delito por el cual está siendo investigado el señor José Gabino Romero:

*“Artículo 206. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.”*

Esta conducta tipificada se complementa con el artículo 212 A del código penal, 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*

---

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal SP11143 2016 Radicación 42706, LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA Magistrado Ponente.

*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 tema, la primera instancia consideró que no hay certeza de la ausencia de violencia como ingrediente normativo con el cual se compone el señalado injusto penal, conclusión a la que arribó tras referirse a que la violencia en delitos sexuales consistía en cualquier vía de hecho suficiente para vencer la resistencia que una persona explicado que, jamás se estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención a las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar toda las contingencias incluida la inactividad, el pánico y la total subordinación frente a las agresiones sexuales, pues es absurdo pensar que en todos los casos, la víctima estaba obligada a actuar de determinada forma en aras de determinar que la acción de forma violenta, así como no se puede afirmar con certeza la inexistencia de algún tipo de violencia física o psicológica frente a los actos sexuales en contra de la víctima.

En primer lugar, en le relato de la joven, plantea que trato de negarse a las pretensiones que claramente no consentía, ni se sentía cómoda con lo que sucedía, refiriendo incluso miedo, máxime cuando se negó enfáticamente tratando de evitar a la cercanía con el victimario, que como respuesta de dicha actitud la agrede verbalmente y la amenaza para no contar nada de lo perpetrado y que volviese a la cama con él; se denota que hubo coerción, y que en efecto se generó el temor a través de sus amenazas y malos tratos, de ahí que por medio de la intimidación se buscó doblegar la voluntad.

Ahora bien, la fiscalía retrata un escenario en donde no se materializó violencia porque no hubo oposición suficiente de la víctima, endilgando al sujeto pasivo una parte activa en la comisión del delito, lo cual no es loable, además de la falta de sustento probatorio para tal aseveración, por cuanto la imposibilidad de la víctima de efectivizar una protección y rechazo hacia el victimario, no

desmerita el uso de la violencia hacia la víctima, es así al no presentarse un hecho que resista de forma contundente la violencia no significa que esta no exista.

A la carga motivacional que apuntó a la negación de la preclusión, se agrega la falta de elementos materiales probatorios, como el informe psicológico de la víctima, dictamen común en este tipo de delitos, a la cual la fiscalía responde a su no inclusión en la investigación, que dicho dictamen no es obligatorio y que no hay nada más que la víctima pueda decir a un psicólogo que no haya dicho en entrevista con los investigadores, llamando la atención el detrimento de relevancia del peritaje psicológico y la falta de trabajo y profundización en la investigación. Al respecto la doctrina menciona la importancia de los informes psicológicos en el ámbito jurídico probatorio:

*“La psicología es una de las ciencias que puede intervenir de modo crucial en los escenarios judiciales a través de los peritajes. Como disciplina que estudia el comportamiento humano para describirlo, explicarlo, predecirlo y controlarlo, se constituye en un valioso instrumento en el campo jurídico, a través de la llamada psicología jurídica, una sub especie de la psicología que estudia los comportamientos que pueden ser contemplados desde la perspectiva y las consecuencias jurídicas.*

*En este sentido, es un importante apoyo para los jueces al momento de analizar y tomar sus decisiones en los procesos penales a su cargo, a través de los llamados peritajes psicológicos y ello con total independencia de que su ofrecimiento para respaldar una determinada teoría, se haga por parte de la fiscalía o de la defensa.*

*Por esta razón, hoy es una realidad que el psicólogo jurídico intervenga cada vez más como perito en los procesos judiciales de abusos sexuales contra los menores de edad, en especial, para determinar su credibilidad cuando estos se declaran víctimas de algún tipo de abuso sexual. Estos peritajes psicológicos deben valorarse con base en los criterios técnico-científicos consagrados en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004.*

*Por considerarse los delitos sexuales en muchas ocasiones un delito en los que solo hace presencia la víctima y el agresor, porque no existen testigos directos del hecho, la prueba pericial resulta ser uno de los elementos más valiosos e importantes en el proceso en búsqueda de esclarecer los hechos. El psicólogo, en base a su experticia profesional que lo suscribe como perito, está facultado para realizar un peritaje psicológico; el cual debe ser plasmado en un informe psicológico forense que podrá ser tomado como medio de prueba en el proceso*

*penal acusatorio. Este psicólogo perito No solamente requiere una formación académica adecuada y profunda, sino también de experiencia práctica para realizar el análisis más adecuado y pertinente del caso, con el debido fundamento técnico científico que permita su comprobación de acuerdo con la ciencia.”<sup>7</sup> (Pushaina, 2016)*

Pues bien, debe tenerse claro que cuando la Fiscalía, en nombre de Estado solicita la preclusión de una investigación, ello supone que se han agotado todas las labores investigativas, pues de lo contrario, le asiste el deber constitucional –artículos 250 C.P. y 66 de la Ley 906 de 2004- de continuar con el ejercicio de la acción penal, lo que le implica realizar la investigación de los hechos que revisten las características de delito, máxime cuando con dichas investigaciones no se logró llevar al juzgador a la ineludible motivación que en efecto al causal invocada a través de la solicitud de preclusión no se concreta en el caso que nos atañe.

Como se ha mencionado pretéritamente, 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 dudas al juez, no queda alternativa que la emisión de una providencia que niegue la referida pretensión de preclusión.

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 Fiscalía pueda considerar que encuentra afianzamiento en los medios probatorios hasta ahora recolectados como para no seguir con un juicio, ello no significa que la solución sea la preclusión como lo propone. Una actitud funcional procedente está en la necesidad de enfatizar en la actividad investigativa, según ha sido expuesto, la que desarrollada conforme a las necesidades de superar las dudas aún existentes, que conlleve a una ideal solución jurídica conforme a derecho.

---

<sup>7</sup> Pushaina, J. J. (2016). La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y formación sexuales de los menores de edad. Cuadernos de Derecho Penal- Universidad Sergio Arboleda, 133-135.

RADICACIÓN: 15757-31-89-0001-2020-00019-01

Se concluye entonces con lo argumentado, que la decisión del a quo debe confirmarse, disponiendo que las diligencias retornen a la Fiscalía para los fines pertinentes, pues atendiendo a lo argumentado por el juzgador de primera instancia, lejos está de haberse desplegado a plenitud las actividades de investigación orientadas a esclarecer la responsabilidad en el hecho que se investiga, motivo por el cual no hay lugar a encontrar demostrada la causal de *atipicidad del hecho investigado*, invocada como sustento de la preclusión, por lo que la decisión será confirmada.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, LA SALA TERCERA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 09 de junio del 2020, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

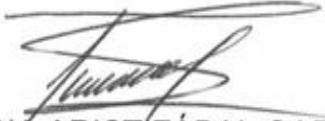


GLORIA INÉS LINARES VILLALBA  
Magistrada Ponente

RADICACIÓN: 15757-31-89-0001-2020-00019-01



**EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA**  
**Magistrado**



**LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO**  
**Magistrada**