



SALA DE DECISIÓN PENAL

PROCESO: 05001 60 00248 2013 07098
DELITO: Actos sexuales abusivos
PROCESADO: DANIEL FERNANDO AGUIRRE GÓMEZ
OBJETO: Apelación auto que niega nulidad de testimonio
DECISIÓN: Impedimento de Sala
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz

Auto Interlocutorio N° 22
Aprobado mediante acta N° 64
Medellín, doce (12) de abril de dos mil veintiuno

Correspondió por reparto al Magistrado Rafael María Delgado Ortiz, el recurso de apelación interpuesto por el defensor, frente al auto emitido el nueve (09) de febrero de dos mil veintiuno por el Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Envigado (Antioquia), a través de la cual negó la solicitud de nulidad de un testimonio presentada por el profesional del derecho en la audiencia de juicio oral.

No obstante lo anterior, esta misma Sala de Decisión, mediante auto del diecinueve (19) de marzo de dos mil quince, desató la apelación interpuesta contra la providencia del doce (12) de diciembre de dos mil catorce, proferida por la Jueza Penal de Circuito de Descongestión de Envigado (Antioquia), por la cual no decretó la preclusión deprecada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, confirmando la decisión.

En virtud de ello, debería la Sala aprestarse a desatar la alzada, si no fuera porque se encuentra inmersa en la causal de impedimento establecida en el numeral 14 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "*Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado*".

Lo anterior, tras considerar que los suscritos a través de auto del nueve (9) de marzo de dos mil quince, confirmamos la decisión de la Jueza Penal del Circuito de Descongestión de Envigado, mediante la cual negó la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía en favor de **DANIEL FERNANDO AGUIRRE GÓMEZ**, misma que presentó antes de formularse oralmente la imputación, por las causales establecidas en los numerales tercero y sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, referidos a la "*inexistencia del hecho investigado*" e "*imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*", las cuales la Sala no encontró configuradas con base en las siguientes razones:

"Para tomar una decisión en el caso que concita nuestra atención, hemos de recordar que la fiscalía asumió la investigación¹ ante información que se recibiera de parte de una funcionaria pública – *Comisaria Tercera de familia de Envigado*- quien en desarrollo de labores administrativas propias de su despacho, encontró procedente poner en conocimiento del ente investigador hechos que, estimaba, podrían ser constitutivos de conductas punibles².

La principal razón de tal actuación por parte de la funcionaria pública no fue otra que la declaración de ciudadana MARÍA EDELMIRA ZAPATA HERNÁNDEZ³ quien narró a ese despacho que su hija le comentó sobre unas conductas presuntamente llevadas a cabo por el padre de la niña y que podrían constituir delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Tuvo también la funcionaria a su disposición una evaluación del caso realizada por la psicóloga CLAUDIA YANEHT OSORIO quien afirmó haber realizado entrevista a la niña y que la misma informó sobre algunas conductas compatibles con abuso sexual.

¹Folio 19 Noticia criminal adiada 10.10.2013

²Folio 64 Auto del 29.07.2013 proferido por la Comisaria 3ª de familia de Envigado

³Folio 23 Declaración recibida en la comisaría 3ª de familia de Envigado el 25.07.2013

El examen de medicina legal que fue realizado ante petición de la comisaría no arrojó hallazgos de signos físicos de abuso o violencia sexual.

La fiscalía, ordenó entonces a la policía judicial, la realización de labores investigativas a efectos de esclarecer el asunto y de esta forma se recibió entrevista a la madre ANA CATALINA RAMÍREZ ZAPATA⁴, a la abuela materna MARÍA EDELMIRA ZAPATA HERNÁNDEZ⁵ y se realizó interrogatorio al indiciado⁶

También se recibieron de parte de la comisaría de familia todas las actuaciones adelantadas en el proceso administrativo y copia de diligencias efectuadas ante el Juzgado Segundo de familia de Envigado referentes al restablecimiento de derechos de la menor⁷ y otros documentos judiciales referentes a otro asunto.

Además, como elemento demostrativo relevante se efectuó entrevista a la menor por parte de la investigadora judicial LUCELLY VÉLEZ MUÑOZ⁸. En ella, importa resaltar que la niña negó que alguna persona haya efectuado tocamientos en sus zonas íntimas, las cuales, en la entrevista, identificó sin dificultad.

Todos estos medios de convicción fueron analizados en su momento por la representante de la fiscalía⁹ y le permitieron concluir que si bien el padre, en desarrollo de sus deberes para con la menor, pudo efectuar tocamientos en los genitales de la niña, no hay evidencias que permitan concluir que los mismos se adecuan a un tipo penal en concreto o bien no tiene la fiscalía elementos que permitan derruir la presunción de inocencia, conclusión que, ya lo hemos referido, no es compartida por la Jueza.

Para dar respuesta a las inquietudes del apelante iniciemos diciendo que no puede atenderse la petición de la fiscalía desde la óptica de la causal cuarta del artículo 332 de la ley 906 de 2004 pues, arribar a una conclusión de ese talante, con base en los elementos demostrativos recaudados es, francamente, especulativo.

Desde luego que como hipótesis es aceptable, solo que, si lo que se pretende es poner fin a la actuación por la vía expedita de la preclusión, los medios de conocimiento que se arrimen para sustentar la causal deben aportar mucho más que eso; elucubrar que si bien no se niega la existencia de tocamientos por parte del padre en las zonas íntimas de la niña, ellas no tuvieron connotación sexual supone desconocer, como en efecto lo hace, que hay informes rendidos por funcionarias públicas que dan cuenta de haber oído de boca de la niña de manipulaciones de esa índole y ellas generan en nuestro criterio, por lo menos, duda acerca del carácter de esas maniobras.

Es evidente en este caso que el indiciado tuvo la oportunidad de realizar los actos por los cuales se le investiga; de hecho, en su interrogatorio es claro en afirmar que dada la escasa edad de la menor, la aseaba y en ocasiones se bañaba con ella, lo cual, per se, no comporta un comportamiento contrario a derecho pero, si a ello agregamos *–así el fiscal se queje de la escasa técnica de los documentos–* que cuando menos una psicóloga entrevistó a la menor¹⁰ y refirió situaciones que pueden ser constitutivas de actos

⁴ Folio 36 evacuada el 20.01.2014

⁵ Folio 40 evacuada el 20.10.2014

⁶ Folio 153 evacuado el 15.07.2014

⁷ Folio 110

⁸ Folio 165

⁹ Audiencia del 26.10.2014 Folio 18

¹⁰ Folio 74

sexuales abusivos, lejos está de sostenerse que las conductas si bien existieron son atípicas.

Menos aún lo esperado por el defensor cuando reclama la aplicación de la causal tercera, esto es, la inexistencia del hecho investigado; es claro que tocamientos sí los hubo –*el mismo indiciado los informa*–; cosa diferente es el contexto en el cual pudieron darse y la finalidad de ellos.

Así las cosas, respecto a la primera causal alegada por el delegado de la fiscalía y la presentada por la defensa debe concluirse que no hay lugar a atender el reclamo de los apelantes: No hay demostración suficiente sobre la misma; los elementos de convicción arrojados no permiten concluir más allá de cualquier duda que si bien la conducta existió no es típica.

Ahora bien, respecto a la causal sexta del artículo 332 de la ley 906 de 2004, debe decirse lo siguiente:

En realidad, el eje central de la negativa de la Jueza de primer grado no es más que afirmar que el escenario idóneo para discutir el asunto es el juicio oral; solo así, se dice, pueden garantizarse el derecho de contradicción y se pone de presente la protección reforzada que otorga la Carta Política a los derechos de los niños, echando de menos una mejor investigación de parte de la policía judicial.

Para la Sala, con el respeto que merecen los argumentos del recurrente, se evidencia que hubo falencias en materia investigativa pues, como lo dice la A quo, conociendo los nombres de las diversas profesionales que conocieron del asunto con ocasión del trámite administrativo ante la Comisaría Tercera de Familia, era por lo menos razonable que su policía judicial las hubiera entrevistado, indagado acerca de historias clínicas sobre el asunto, en fin, estas funcionarias, potenciales testigos de cargo, debieron ser evaluadas en la indagación y no limitar entonces su labor a criticar la técnica de sus informes.

Desde luego que hay hipótesis encontradas, dado que ante la investigadora LUCELLY VÉLEZ MUÑOZ, la menor dijo no haber recibido tocamientos en sus partes íntimas pero, teniendo en cuenta que ante otras personas dijo lo contrario, lo menos que podría esperarse era que se interrogara a éstas últimas sobre el caso y no, se itera, reducir su trabajo a criticar los documentos que les fueron remitidos.

A nuestro juicio, en el presente evento aún quedan pendientes labores investigativas –*no es del resorte de esta instancia señalar cuáles son*– por realizar de cara a establecer entonces si hay lugar o no adelantar el proceso en contra del indiciado.

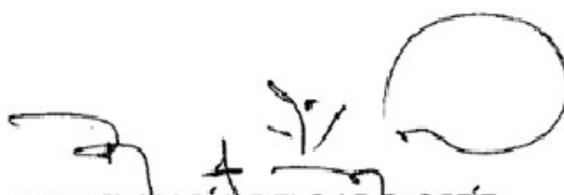
No creemos que con lo hasta ahora efectuado por el ente investigador pueda afirmarse que se halla en imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia y por ello, tampoco por este flanco procede atender la petición del recurrente; la causal alegada no fue debidamente demostrada.”.

En estas condiciones, es claro que para tomar la decisión mediante la cual se negó la solicitud de preclusión la Fiscalía, la Sala debió valorar los elementos cognoscitivos que respaldaban tal solicitud y que no eran otros que los recaudados hasta

ese momento en la investigación, lo que nos conduce a declararnos impedidos para conocer el asunto, en tanto de no hacerlo, ello iría en detrimento de la garantía de imparcialidad, por lo que prescindirá de conocer el asunto.

En consecuencia, como se anunció, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la censura propuesta por el defensor en esta oportunidad y remitirá el asunto a la Sala siguiente, presidida por el Dr. Pío Nicolás Jaramillo Marín.

CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado