

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – Se requiere acreditar más allá de duda razonable la causal invocada.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – CAUSAL 6ª ART. 332 LEY 906 DE 2004 IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: El trabajo investigativo debe ser completo.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – CAUSAL 6ª ART. 332 LEY 906 DE 2004 IMPOSIBILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: No procede.

(...) la preclusión debe ser utilizada cuando la imposibilidad para acusar se encuentre radicada en alguna de las causales establecidas en el artículo 332 de la misma normatividad procesal penal, pero se ha dicho por la jurisprudencia penal que aquellas causales también tienen una estructura que debe demostrarse por parte del ente acusador para que pueda tener éxito la pretensión deprecada (...)

(...) lo que se pide es que al momento de presentar la argumentación sobre determinada causal se presente de manera tan completa que no deje duda alguna si se trata de esta causal o de otra ya que solo excepcionalmente puede el Juez de conocimiento precluir por una causal distinta a la solicitada (...)

(...) la labor del fallador será verificar que en efecto la tarea de la investigación para la claridad en cuanto a los elementos del tipo que se investiga se ha realizado y que tales no se ha podido tener la certeza de la autoría o participación de los acusados en los eventos indicados. (...) necesidad de demostrar el trabajo investigativo realizado que debe ser completo (...)

(...) faltan elementos materiales de prueba que pueden dar luces a esta investigación y como también brilla por su ausencia un enfoque de género que se ha debido dar desde este proceso de consecución de evidencias, que por la forma como se está realizando se está revictimizando más a la afectada. (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	520016000485201405004-02
Número Interno	:	19098
Conducta Punible	:	Secuestro Simple y Otro
Imputados	:	JFV y Otros
Decisión	:	Auto Revoca
Aprobado	:	Acta No.73 de 18 de marzo de 2024

San Juan de Pasto, primero de abril de dos mil veinticuatro
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Nuevamente viene a esta Sala la presente investigación que se adelanta en contra de JFVM, DAHM, DHPB y EADR, por la conducta de secuestro simple con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la representación judicial de la víctima respecto de la decisión contenida en el Auto del 12 de septiembre de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto que resuelve decretar la preclusión de la investigación como había sido solicitada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

1. El aspecto fáctico

Conforme los elementos materiales probatorios con que cuenta la delegada de la fiscalía general de la nación, se da cuenta que el día 1° de julio de 2014 en el establecimiento comercial ubicado en el centro comercial Valle de Atriz, bar ... de propiedad entre otros de CAVB quien en horas de la noche en compañía de la administradora DADE y la encargada de las mesas RMMB, empezaron el servicio al público aquel día martes que aproximadamente a las 7 de la noche llega al establecimiento DHPB, que para aquella data resultaba amigo del propietario y su esposa por tratarse de un cliente de años atrás, además de ser el Coronel de la Policía, acompañado por los también oficiales JFVM y EADR y el conductor DAHM.

Cerca de las 9 de la noche arriba a dicho establecimiento la esposa del propietario la señora NJMQ, quien de inmediato empieza a compartir con los antes mencionados que se encontraban sentados en la barra de aquel lugar, ingieren cerveza y luego aguardiente, conversan y también bailan con la mencionada dama.

Pasada la medianoche, cuando se procede a cerrar el local, el esposo de N se da cuenta del alto estado de ebriedad de aquella por lo que

le pide a la encargada de las mesas su ayuda para salir, en esta salida son los policiales quienes la llevan hasta el automotor que los transportaba y sin mediar otro tipo de comunicación con las personas encargadas de cerrar el negocio, la suben y la transportan a un lugar que hasta el momento se desconoce solo apareciendo ella sin compañía alguna, en avanzado estado de alicoramiento en la unidad de reacción inmediata de la ciudad de Pasto cerca de las tres de la mañana, lugar en el cual su esposo se disponía a presentar el denuncia por secuestro acompañado por las empleadas del establecimiento. Instantes siguientes los esposos son acompañados por DA y RM hasta su sitio de residencia. Indica la señora NJ que no recuerda nada de lo sucedido.

2. Antecedentes procesales.

Formulado el denuncia correspondiente por la víctima NJMQ, se inicia la investigación con el reporte, enviando a la mencionada al hospital de la ciudad para las valoraciones de rigor, se ordena la entrevista a varias personas como es su esposo CAVB, se entregan las muestras para los cotejos por parte del Instituto de Medicina Legal, se solicita el video de las cámaras del lugar donde se encuentra el establecimiento comercial.

La investigación de forma lenta se ha llevado, enviando a reconocimiento médicos, los que para el ente investigador no arrojaban ninguna conclusión, se solicita una búsqueda selectiva en base de datos para encontrar las llamadas entrantes y salientes de los abonados telefónicos y se hace a los tres años cuando la empresa manifiesta que solo guarda dicha información por dos años, en junio de 2017 se empieza a ordenar los cotejos de ADN.

De igual manera se realiza entrevista a los vigilantes de una empresa privada encargada de tal actividad en el centro comercial Valle de Atriz.

Posterior se toma interrogatorio a los indiciados, y con posterioridad se presenta la primera solicitud de preclusión que es confirmada en segunda instancia por esta sala con pronunciamiento de 27 de marzo de 2019 en la que se niega la pretensión del ente instructor.

Sin mayor avance en las investigaciones, el señor EADR interpone acción de tutela que se decide el 22 de julio de 2022 en la que se decide tutelar el derecho al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia otorgando plazos perentorios para recaudar las ordenes impartidas y tomar las determinaciones que corresponden.

Y ahora el ente instructor ha solicitado nuevamente la preclusión de la investigación basado en la causal 6 del artículo 332 del código adjetivo penal.

3. De la petición de preclusión¹.

Para sustentar la solicitud de preclusión la delegada de la fiscalía comenzó por anunciar que, en el caso, con los elementos materiales probatorios recolectados y la información legalmente obtenida no había sido posible desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a los procesados.

¹ Carpeta Audios/01 de 16 de enero de 2023

Para sustentar esa postura recordó los hechos denunciados que dieron pie al inicio de la investigación y seguido a ello relacionó, uno a uno, los elementos materiales probatorios recolectados y la información legalmente obtenida, tanto por gestión de la fiscalía como por la representación de víctimas, con una lectura amplia de su contenido; luego, finalizada su lectura, indicó que luego de que la Sala Penal de este Tribunal, en el año 2019, hubiera ordenado la recolección de más insumos, despachando de manera negativa una solicitud de preclusión, se procedió con lo propio, empero, aun con esa labor, no se logró obtener un resultado diferente.

Explicó entonces que de la revisión de los resultados de los cotejos de ADN se logró determinar que las muestras encontradas en la presunta víctima fueron negativas en comparación con las tomadas a los investigados. Añadió que también se había efectuado una consulta en el sistema de información sobre denuncias por violencia intrafamiliar o hechos violentos, arrojando un resultado positivo en contra de la pareja de la aquí denunciante; en la misma línea indicó que se habían verificado las cámaras de seguridad y se había ubicado a los guardas de seguridad que fungieron como tal para la época en el Centro Comercial Valle de Atriz.

Afirma que, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido también por esta Corporación en favor de los procesados, se impulsó la investigación en aras de cumplir con las actuaciones pendientes, básicamente la verificación de nuevos videos de seguridad y entrevistas a personal de seguridad y URI.

A continuación recordó que con la denuncia primigenia se tiene a la testigo de los hechos, no obstante, no tiene capacidad de recordación, así, se acudió a otras entrevistas presentadas por otros

testigos con el fin de ir completando la actividad investigativa, y, paralelamente a ello ir recolectando otros elementos materiales probatorios.

Expone que se ha sostenido que luego de departir en un bar los investigados, de forma agresiva, sacaron a la víctima en contra de su voluntad, empero, con lo recolectado, entre ello, una investigación en la procuraduría, no se cuenta con insumo que cuente con la fortaleza suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en el caso.

Señala que en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela arriba mencionado, donde se le conminó a que adopte una determinación en el caso, bien sea formulando imputación o archivando el asunto, esa delegada colocó en una balanza la entrevista de la víctima, donde básicamente refiere la existencia de un dolor posterior y un trauma por la situación presentada, la recolección de muestras en su cuerpo y ropa y las entrevistas de los testigos, versiones complementadas con otros insumos, versus los interrogatorios de los procesados, se logró determinar que entre la presunta víctima y los investigados existía una relación de amistad, de confianza, aunado a una situación anímica de la primera, que llevó a que en lazo en dicha noche se refuerce, especialmente entre ella y el Coronel, al punto que llegaron a compartir licor y bailar solo los dos y de manera escasa con los demás, tal y como lo expuso una de las empleadas en una entrevista.

Expone que la última entrevista, que tuvo lugar en un momento diferente y también ante autoridades disímiles se acompasa con lo expuesto por los procesados, esto es, que existía una amistad, que departieron de manera conjunta y que ninguno de ellos sufrió dolencias o percances, afirmando que el licor compartido se suministró en el mismo establecimiento.

Afirma que la situación al parecer es una reacción de molestia por parte del esposo de la ofendida, con quien se habían presentado unos inconvenientes previos, existiendo informes que dan cuenta de la existencia de episodios de violencia intrafamiliar, con lo que considera se pudo generar una preocupación o temor por dicha reacción, llevando al ingreso en contra de la voluntad de la presunta víctima al vehículo automotor.

Explica que si bien la Fiscalía consideró que las diferentes entrevistas tenían por finalidad mostrar que existió un arrebato a los propios empleados del comercio o del esposo, entrevistas posteriores permiten conocer que, conforme lo indicaron los procesados en el interrogatorio, uno de los indiciados regresó solicitándole a una de las empleadas colaboración para que la presunta víctima logre subirse al vehículo, negando así el arrebato; recuenta lo afirmado por ellos frente al modo como se dio la retirada del lugar, siendo coincidente en parte con lo expuesto por el esposo de la ofendida, empero, deja claro que los registros de video no permiten verificar de manera completa la situación.

Señala que no se cuenta con elemento material probatorio que permita acreditar la supuesta sustracción de los hechos materia de investigación. Indica que la víctima explicó que fue retenida dentro del vehículo automotor con el fin de ser accedida carnalmente, esto como quiera que sintió un dolor en sus genitales, por el que acudió a un centro asistencia a un centro asistencial dos días después, momento en que se interpuso la denuncia respectiva; no obstante, deja claro que luego de cotejar las pruebas de ADN se logró establecer que se arrojó un resultado negativo de los restos encontrados en la víctima

con relación a los procesados, quienes de manera voluntaria accedieron a la toma de las muestras respectivas.

Continuando indica que quedó acreditado que no fueron los procesados quienes llevaron a la víctima a la URI, pues aquella llegó a dicho lugar a bordo de un taxi, en posesión de su aparato telefónico en el cual se recibían las llamadas telefónicas efectuadas por su esposo, resaltando que llegó en absoluto estado liberatorio.

Expone que se ha completado la investigación con la entrevista de los vigilantes del establecimiento comercial Valle de Atriz que prestaron su servicio el día de los hechos materia de investigación, quienes afirman que no recuerdan ningún evento de la naturaleza denunciada, aspecto que resalta llama la atención, pues se aludió al supuesto de que un vehículo salió a alta velocidad al punto de casi atropellar a uno de los propietarios del lugar, generando así desconcierto y el móvil para acudir a interponer la denuncia respectiva. Refiere entonces que los entrevistados en mención negaron la existencia de un llamado de auxilio, situación que resalta en tanto que aquellos cuentan con medios para comunicarse con la Policía Nacional de ser necesaria su presencia.

En el mismo hilo trae a colación que también se logró la entrevista de los funcionarios de la URI, quienes no recuerdan alguna situación particular del día de los hechos.

Afirma que, pese a que en la denuncia la queja de la víctima se circunscribe a haber sido accedida carnalmente, no se cuenta con medios probatorios que permitan demostrar la responsabilidad de los procesados en el hecho, quienes están cobijados con la presunción de inocencia a la que tienen derecho. En esa misma línea refiere que

ha buscado elementos materiales probatorios sólidos y contundentes para formular imputación sin que se haya logrado ese cometido y mucho menos para soportar una acusación, aun luego de agotar todas las variables con las que cuenta la investigación.

En el punto aclaró que si bien es cierto se pudo llegar a pensar que las entrevistas rendidas por las empleadas del establecimiento comercial podrían tener el peso suficiente para enrostrar la acusación, deben contrastarse con la explicación brindada por los procesados, quienes en diferentes fechas y ante diferentes autoridades aportan información plausible para indicar que habrían dejado a la víctima en el mismo lugar. Así, encuentra que no es procedente formular imputación cuando no se cuenta con elementos materiales sólidos, máxime cuando por medio se encuentra el buen nombre de las personas y la presunción de inocencia.

Por último, deja claro que la fiscalía se preocupó por asignar un órgano de policía neutral que permita la transparencia en la investigación, esto es el CTI, cumpliendo con las labores encomendadas.

De igual manera, indicó que desde la oportunidad en que en el pasado se negó la preclusión de la investigación se compulsó copias para verificar la existencia de unos actos sexuales no consentidos, con el fin de localizar el posible o posibles autores, esto con base en el cotejo negativo de los ahora procesados.

4. La decisión que se revisa²

² Carpeta Audios/ 03 de 12 de septiembre de 2023 o Carpeta EMP Fiscalía/ Archivo 22

En la providencia materia de recurso la *a quo* una vez recordó los fácticos del asunto, la solicitud de preclusión y la postura de las partes frente a dicho requerimiento e identificó a los procesados, sentó las consideraciones del caso.

En el punto, comenzó por hacer alusión a la figura de la preclusión y del delito de secuestro simple; seguido a ello recordó lo que advirtió esta Sala de Decisión Penal, en una pasada oportunidad, cuando se confirmó la negativa a la declaración de la preclusión de la investigación emanada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, oportunidad en la que se indicó que era necesario establecer si la conducción de la víctima al vehículo automotor, como fuera relatada en una de las entrevistas, podía configurar uno de los verbos rectores que estructuran la conducta mencionada.

Así, precisó que la señora M desde la primera entrevista afirmó no recordar nada de lo sucedido dado su alto estado de embriaguez, recordando haber departido con el señor DHPB, coronel de la policía, a quien, junto con su esposo conocía de tiempo atrás, lo que motivó que compartan unas cervezas y una botella de aguardiente.

Indicó que el anterior hecho no ofrece discusión pese a que en la última entrevista la ofendida afirmó haber ingerido solo unas tres o cuatro cervezas perdiendo la noción de lo ocurrido, suponiendo haber sido drogada, pues ese último dicho no tiene sustento probatorio; suma que, en contraposición, otras dos personas dan cuenta de que en la noche objeto de los hechos la citada señora consumió bastante alcohol y bailó con el coronel.

Encuentra entonces que el juzgado debe dirigirse a determinar si con los elementos materiales probatorios recogidos se puede establecer

la existencia de alguno de los verbos rectores que naturalizan el secuestro simple, ello, confrontando la versión de los presenciales de los hechos y la rendida por los indiciados.

Indicó entonces que conforme a lo expuesto se sabe que la señora N se encontraba en alto grado de embriaguez al momento de cerrar el establecimiento comercial, al punto que para salir tuvo que ser tomada de los brazos por parte del señor CV y por el teniente de la policía, quien de manera previa había ofrecido transportar en la camioneta a todos los trabajadores del bar. Así, afirma la juzgadora que no se está frente a una salida abrupta o violenta, siendo ayudada en tanto que no podía valerse por sí misma.

Indica que conforme lo señalaron los procesados, la señora mencionada entró voluntariamente a la camioneta en tanto que de manera previa le había pedido a DH que la llevara a su casa por temor a que su esposo se tornara violento. En el punto, afirma que existe un antecedente de violencia intrafamiliar denunciado por la señora M en contra del señor V, circunstancia que permite explicar qué motivo que aquella, estando aun consciente haya elevado tal pedimento, razón misma que permite explicar el por qué no se esperó al arribo del citado señor.

Aunado a lo anterior indicó que tampoco puede asegurarse de manera apodíctica que la víctima haya perdido su capacidad de autodeterminación o que se haya impedido su movilización.

Señala que los testigos dan cuenta de que la señora N fue subida a la camioneta y que dicho automotor arrancó sin considerar a los demás, en especial a su esposo, empero, resalta que los mismos deponentes dieron cuenta de que la dama estuvo bailando y

conversando con el Coronel, sin que se conozca el contenido de esa conversación, advirtiendo que pudo tratarse de los problemas conyugales y la solicitud de ayuda.

Resalta que no existe seguridad en el tiempo transcurrido, pues, los indiciados afirman que buscaron la casa de la señora N si tener éxito por lo que ella pidió que la dejaran nuevamente en el local comercial, afirmando que durante ese tramo no entró una llamada de celular alguna; señala que lo anterior explica el por qué el señor CV afirmó que al comunicarse con su esposa no se escuchaba a otra persona y que al intentar una llamada a un teléfono para comunicarse con el Coronel, se respondió por parte de una persona diferente. Considera que lo anterior pone en tela de juicio el hecho de que las dos horas que la dama tardó en llegar a la URI haya estado en compañía de los procesados.

Trae a colación que en una de las respuestas que la arriba mencionada le dio a su esposo, informó que estaba bien y al conocer que aquel se encontraba en la URI llega a ese lugar al parecer en un carro de servicio público; encuentra entonces que la víctima no habló incoherencias llegando incluso a identificar al interlocutor, así, que lo anterior no puede implicar un secuestro, donde se impide mantener contacto con algún familiar y donde se exige algo para la entrega, situaciones que no se presentaron en el caso, resaltando que en el evento la señora N contaba con libertad suficiente no solo para contestar la llamada que le hizo su pareja sino también para llamarlo y finalmente llegar al lugar en el que se encontraba por sus propios medios, desvirtuando así el verbo retener.

En esa línea indicó que tampoco se puede hablar de arrebatamiento, ocultamiento o de sustracción en tanto que no existe claridad de que

se esté frente a un rapto; expone que existe una hipótesis que permite considerar la voluntad de la presunta víctima para ser conducida con la ayuda del coronel y que tampoco existe claridad sobre el tiempo que estuvo en compañía de los indiciados.

Refiere que conforme lo señaló el Ministerio Público, en el caso, desde el inicio de la investigación, no se cumplió con un efectivo programa metodológico que en su momento hubiese permitido un mejor conocimiento de los hechos.

Trajo a colación también las entrevistas de los vigilantes del centro comercial quienes indicaron que no se percataron de ningún hecho anómalo y de los miembros de la SIJIN que fueron contestes en afirmar que no recordaban nada; así, señala que mantener vigente una investigación para que se interrogue a otros policiales que se encontraban de turno no asegura el cambio sustancial en los hechos, punto en el que además indicó que si bien las condiciones en las que llegó la víctima a la URI podría haberse evidenciado en los registros de las cámaras de seguridad, a la fecha, por el paso del tiempo, ya no es posible efectuar tal verificación.

Se refirió a la refrendación en los hoteles, especificando que DH afirmó que se había hospedado en el hotel Juan Sebastián, en tanto que los demás indicaron no recordar el nombre del lugar donde se hospedaron; refiere la juzgadora de primer nivel aunque en trámite de una solicitud de preclusión no hay lugar a práctica de pruebas, se allegó certificación en la que el establecimiento mencionado no cuenta con registros físicos en tanto que la documentación que reposa en dicho lugar únicamente corresponde a 4 años anteriores. Así, considera que ordenar la búsqueda de registros físicos cuando ello ya se realizó implicaría prolongar una investigación que el mismo

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sede de tutela, afirmó se ha extendido más de lo legalmente permitido.

Claro lo anterior se refirió a la conducta de acceso carnal en persona incapaz de resistir indicando que sin duda alguna también se predica la presunción de inocencia; para llegar a esa conclusión recontó las actividades urgentes recolectadas por miembros de policía judicial en el lugar donde la víctima acudió en compañía de su esposo, entre ello, muestras de frotis vaginal y de la ropa interior conforme se plasmó en el informe pericial, así como muestras de las uñas.

Refiere que tales muestras fueron cotejadas por las suministradas voluntariamente por los indiciados, dando lugar a su exclusión como aportantes de la mezcla de células detectadas; aunado a ello indicó que el informe pericial de la clínica forense practicado a la víctima el 5 de julio de 2014 indicó que en su examen genital no presenta signos de traumas.

Comenta que, pese a que la presentación de víctimas reclama el derecho a la verdad, ella debe surgir de la prueba recogida a lo largo de la investigación, siendo que, en el caso, tal vez por las deficiencias encontradas a lo largo de la misma, que dieron lugar a una compulsión de copias, no permitió ahondar en lo sucedido, y que, con el paso del tiempo, pruebas como los videos o registros de hotel se perdieron.

Indica que desde que se profirió el fallo de tutela que ordenó impulsar la investigación – 22 de julio de 2022-, se recogieron algunos elementos materiales probatorios que tampoco ayudaron al esclarecimiento de los hechos, pues, las entrevistas recogidas en nada contribuyeron a un mejor conocimiento de los presupuestos fácticos que dieron origen a la investigación.

Por último, ahondando en el concepto de la presunción de inocencia, resolvió decretar la preclusión de la investigación en favor de los investigados, cesando con efectos de cosa juzgada la persecución penal en su favor por las conductas punibles de secuestro simple y acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

5. Del recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la Víctima³.

La representación judicial de víctimas, inconforme con la determinación de la primera instancia la recurre buscando su revocatoria como sigue.

Llama a tener en cuenta los derechos de las víctimas a la protección, bienestar físico y psicológico, y seguridad de su entorno con respecto a su dignidad y privacidad.

Refiere que en el caso la Fiscalía adelantó una investigación que no corresponde a la realidad, pues su representada en las múltiples entrevistas rendidas ha dejado claro que no se acuerda de las circunstancias en tanto que se encontraba en estado de alicoramiento, afirmando que esa situación es la que genera la indefensión.

Cuestiona que se le haya dado credibilidad a lo expuesto por los investigados, resaltando además que resulta cuestionable su actuar el día de los hechos como quiera que siendo funcionarios de la Policía Nacional hayan resuelto dejar “tirada” a la dama sin velar por su

³ Carpeta Audios/ 04

protección, aun cuando contaban con el contacto telefónico de su esposo. Además, señala que existe una circunstancia que sí permite acreditar la existencia del delito de secuestro simple, pues fue la misma víctima que indicó que no quería estar en determinado lugar, siendo sustraída y subida al vehículo, tal y como lo exponen los testigos de los hechos.

Señala que concuerda con lo resuelto frente a la conducta de acceso carnal violento en tanto que no se cuenta con elementos materiales probatorios y evidencia física que permita acreditarlo.

Retoma el delito del secuestro e indica que sí se cuenta con insumos para acreditar la sustracción y la retención durante un lapso, privada de la libertad, sin movilidad, sin libertad de locomoción; lo anterior como quiera que estaba dentro de un carro junto con 3 personas que, si bien eran conocidos, sabían dónde podía quedarse, conocían el teléfono del esposo, punto en el que cuestiona que los procesados no hayan velado por su seguridad, insistiendo en que debe tenerse en cuenta su condición de miembros de la Policía Nacional, resaltando que existe un documento en el que se plasma que aquellos entregaron una suma de dinero.

Señaló que si bien la presunción de inocencia es un derecho constitucional también los derechos de las víctimas tienen ese rango; en el punto indica que, aunque la Fiscalía dejó pasar muchos años sí cuenta con insumos que llevan a una inferencia razonable de autoría y participación en ese hecho delicado, explicando que a ello se puede llegar con las entrevistas de la víctima, su esposo y las demás personas que presenciaron los sucesos, de lo cual se puede determinar que sí se presentó una sustracción.

6. Intervención de los no recurrentes.

6.1 La delegada de la fiscalía general de la nación⁴.

El delegado del ente acusador en el asunto, en la oportunidad respectiva, se pronunció frente al recurso elevado por la representación de víctimas, afirmando que compartía la postura expuesta por el delegado del Ministerio Público en lo que respecta a la falta de sustentación de la alzada, como quiera que no se atacó la argumentación presentada por la primera instancia para adoptar la determinación cuestionada, donde la juzgadora se ocupó de analizar cada elemento presentado por la fiscalía y la defensa.

Claro lo anterior señaló que en caso de que se estime pertinente dar curso a la alzada, se requería al superior para que confirme la decisión de primera instancia,

Respondiendo al cuestionamiento del recurrente frente a la protección de los derechos de las víctimas indicó que desde el año 2014 la Fiscalía adelantó un serio trabajo investigativo, mismo que continuó luego de que la judicatura negara en una primera oportunidad una solicitud de preclusión, completando así la investigación, empero, aun así, desde un punto de vista objetivo no se cuenta con insumos para desvirtuar la presunción de inocencia de los procesados.

Señaló que en el caso, la testigo estrella que es la víctima, quien podría dar detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas, al parecer no recuerda varios episodios del día de los

⁴ Carpeta Audios/ 04 minuto12:26

hechos materia de investigación; expone que la fiscalía se ocupó de recolectar los insumos pertinentes, repitiendo entrevistas y adelantando otras con los policías judiciales que estuvieron en la URI cuando el esposo de la ofendida llegó a colocar la denuncia penal correspondiente, así como de unos vigilantes, empero, de ello no es posible determinar la existencia de los verbos rectores del delito de secuestro.

Seguido a ello aludió a la presunción de inocencia, señalando que al margen de que no se logró desvirtuar esa máxima, los procesados dieron explicaciones de lo sucedido el día de los hechos, punto en el que resalta que, pese a que la denunciante indicó que había sido objeto de un delito sexual, las pruebas científicas practicadas arrojaron un resultado negativo.

Continuó e indicó que tampoco se logró determinar que haya sido reducida en su movilidad, pues llegó sola en un taxi al lugar en el que se encontraba su esposo levantando la correspondiente denuncia, destacando que en caso de haber sido objeto de algún delito esa era la oportunidad para solicitar ayuda y requerir la apertura de una investigación formal, no obstante, guardó silencio. Resalta que en curso de los sucesos contestaba las llamadas de su esposo.

Expone que solicitar una formulación de imputación con los insumos con los que se cuenta constituiría una actuación temeraria en tanto que se está frente a derechos fundamentales tan importantes como los de las víctimas.

6.2 Agencia Especial del Ministerio Público⁵.

⁵ Carpeta Audios/ 04 minuto 8:46

El señor delegado del Ministerio Público cuestiona la sustentación efectuada por la recurrente, advirtiendo que no se atacaron o desvirtuaron los argumentos plasmados en la decisión apelada; señala que, si bien se hace una serie de afirmaciones de carácter genérico, el Despacho se ocupó de efectuar un análisis detallado de todas las entrevistas tomadas en la investigación en línea con los demás elementos materiales probatorios.

Resaltó que el primer nivel arribó a una conclusión según la cual encontró acreditada la causal de preclusión invocada por la Fiscalía, empero, en el recurso presentado no se atacó ninguno de los argumentos presentados para ello, siendo que, aunque se alude a los derechos de las víctimas, en criterio de ese delegado, tales garantías si han sido respetadas.

Trae a colación que la apelante cuestiona que se haya dado mayor credibilidad a lo expuesto por los investigados, lo anterior a fin de indicar que ello no obedece a la verdad en tanto que tales versiones fueron confrontadas con las entrevistas de dos compañeras de trabajo de la víctima, la de aquella y la de su esposo, siendo que esa valoración llevó a que dentro de un margen de razonabilidad se pueda determinar que no existen más actividades investigativas pendientes por recaudar.

Por último, resalta que, aunque en un principio se opuso a la solicitud de preclusión, escuchadas las intervenciones y con la revisión de los elementos materiales probatorios aportados por la defensa, su perspectiva se modificó, motivo por el cual solicita que la decisión sea confirmada.

6.3. Defensor de ED⁶.

El abogado defensor del señor D se pronuncia como no recurrente solicitando el rechazo de la alzada por insuficiencia en el cumplimiento de los requisitos mínimos para su procedencia.

Seguido a ello indicó que en la decisión de primera instancia se hizo una valoración de todas las posturas expuestas por las partes, así, indicó que para cuestionar esa determinación es necesario que el recurrente exponga cuáles son los elementos materiales probatorios que se deben analizar de manera distinta, cuál es la presunta equivocación de la juzgadora, cuál es la interpretación que debe darse a los medios de conocimiento allegados.

Afirma que la apelación se sustentó indicando que existían testigos empero no se aludió de manera específica a alguna de las entrevistas, qué dijo determinado testigo, y así intentar derrumbar la determinación objeto de inconformidad; así considera que se está frente a una pretensión sin base.

Claro lo anterior indicó que en caso de que se considere dar trámite a la alzada, la segunda instancia debería tener en cuenta que para las víctimas no solo emergen derechos sino también obligaciones, señalando que el esposo de la ofendida se negó a realizarse una prueba científica, evidenciando así una renuencia a la colaboración con la administración de justicia.

Considera que se adelantó la investigación pertinente garantizando así los derechos de las víctimas, pues no puede pretenderse que ello

⁶ Carpeta Audios/ 04 minuto 22:12

solo se materialice con un fallo condenatorio y resaltó que se existen gestiones que se reclaman y que por el paso del tiempo ya no pueden desarrollarse como las relacionadas con el hotel en tanto que en dicho lugar ya no se cuenta con información de la época de interés.

Cuestiona que el apelante reclame que los procesados, al ser miembros de la Policía Nacional no hayan llamado al esposo de la víctima, pues el afirmar que se contaba con el contacto respectivo se basa en una mera especulación, no existe medio de prueba que permita determinar que ello era así; en el punto resaltó que no es posible oponerse a una preclusión con base en solo especulaciones.

Indica que la posición de garante que se reclama de los procesados por ser miembros de la Policía Nacional no opera de manera automática, más si no se encontraban prestando el servicio y menos en las condiciones que relatan los hechos, esto es, cuando estaba por medio del consumo de licor en un bar.

Solicitó que se revise de manera detallada las declaraciones aportadas por la representación de víctimas y se valore si existe mérito para compulsar copias por falso testimonio en tanto que es evidente que se está frente a una repetición idéntica de lo expuesto, incluso con los mismos errores de ortografía, al margen de que otras presentan contradicciones entre sí.

Con todo solicitó que se confirme la decisión de primera instancia.

6.3 Defensor de JV y DH⁷.

⁷ Carpeta Audios/ 04 minuto 37:14

La defensa de V y H fue enfática al solicitar que no se conceda el recurso de apelación ante la falta de motivación legal del mismo; expone que aunque la representación de víctimas requirió que se tenga en cuenta la declaración de su defendida lo cierto es que no aporta más información en tanto que afirma no recordar lo sucedido.

Afirma que es falso, como lo sostiene la apelante, que no se tuvieron en cuenta las declaraciones del esposo de la víctima y sus empleadas, pues desde la misma solicitud de preclusión la fiscalía hizo un análisis de la información aportada en dichas entrevistas y esa defensa, también con ese análisis, ofreció las razones por las cuales no se les puede dar credibilidad.

Encontró que se está frente a una realidad en la que es imposible que la fiscalía continúe con el proceso siendo viable invocar una de las causales para la terminación anticipada del proceso.

Finalmente solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, requiriendo que se tenga en cuenta los argumentos expuestos en la decisión apelada, la fiscalía, el Ministerio Público y ese defensor.

6.4. Defensor de DP⁸.

La defensa de DP expone que la moción presentada por la apelante resulta de tipo general, sin el cumplimiento de la técnica de la sustentación requerida, resaltando que en momento alguno se resaltaron los errores en los que presuntamente incurrió la primera instancia, pasando así a citar jurisprudencia en la que se establece

⁸ Carpeta Audios/ 04 minuto 40:50

que ante la omisión mencionada lo procedente es declarar desierto el recurso.

Encuentra que conceder la alzada implicaría un desgaste para el superior en tanto que se está frente a los mismos materiales probatorios en tanto que no se recaudó nada novedoso y la víctima no aportó insumo relevante,

6.5 Intervención de la Víctima⁹.

La señora NJM, víctima en el asunto solicitó que se tenga en cuenta la apelación elevada por la representación de víctimas, requiriendo que se conceda la oportunidad de que el asunto pase a una nueva instancia. Comenta que siempre ha estado atenta a los avances del proceso, afirmando que ha sido la delegada de la fiscalía la que ha negado su atención.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Representación Judicial de la Víctima en contra del Auto de 12 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado Tercero 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.

⁹ Carpeta Audios/ 04 minuto 47:00

Debe la Sala estudiar en esta oportunidad si se cumple con los requisitos para la procedencia de la causal 6ª del artículo 332 del código de procedimiento penal, para precluir la investigación en el presente evento, de ser así deberá confirmarse la decisión de la A quo; de lo contrario deberá revocarse como es la solicitud que ha dado lugar al recurso de apelación por la abogada de la Víctima.

3. Breves apuntes Acerca del Archivo de diligencias y de la Preclusión de la investigación

Las facultades investigativas se han concedido a la fiscalía general de la nación por mandato constitucional, es por lo que le asiste a este órgano la obligación de escudriñar si un determinado comportamiento puede adecuarse a un tipo penal y ello le permite definir un programa metodológico para obtener los elementos que le van a permitir llegar a conclusiones procesales.

Entonces, finalizada la recolección de evidencias, debe el fiscal en su reflexión establecer si cuenta con elementos para formular imputación, o si por el contrario aquellas pesquisas no tienen demostración alguna y debe archivar; o no puede continuar con la investigación y debe acudir a la figura de la preclusión.

Resulta bien importante este aspecto por cuanto en las facultades que tiene la fiscalía también se encuentra el archivo de diligencias y tal instituto se encuentra definido en el artículo 79 del código adjetivo penal que establece:

ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como

delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

Respecto de esta norma se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia 1154 de 2005 que sobre el tema del archivo de las diligencias dijo:

“El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 regula de manera específica el archivo de las diligencias por parte del fiscal^[172]. Esta norma dispone que ante el conocimiento de un hecho el fiscal debe i) constatar si tales hechos existieron y ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito.

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado.”^[173] Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.”

Seguidamente expuso para diferenciarlo con la preclusión:

“Tampoco se trata de una preclusión^[176] pues ésta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito. Igualmente, el análisis que advierte la preclusión puede comprender la constatación de causales eximentes de responsabilidad entre otros^[177], lo que no es posible para el análisis del archivo de las diligencias que se restringe a los elementos objetivos del tipo, como quiera que no hay elementos para caracterizar la conducta o para creer que éste ocurrió frente a los cuales sea posible examinar la conducta del indiciado.”

También la CSJ en su Sala de Casación Penal se ha pronunciado sobre el archivo de las diligencias y en interpretación de la sentencia constitucional dijo en el AP 3270 del 2 de septiembre de 2020 con radicado 55508:

“Sobre las facultades y limitaciones del órgano Investigador al definir el archivo de las diligencias, indicó el Tribunal Constitucional:

«No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo.»

Conforme a esta interpretación, el archivo de las diligencias solo procede cuando de la información recogida aparezca que los hechos no existieron o no son objetivamente típicos. Frente a hipótesis distintas de éstas, verbigracia, autoría, ausencia de dolo, o cualquier causal que excluya la responsabilidad, será necesario acudir ante el juez para solicitar la preclusión de la investigación.

(...)

Estos antecedentes jurisprudenciales muestran que tanto la doctrina constitucional como la penal, son uniformes en sostener que la facultad de la Fiscalía de ordenar el archivo de las diligencias al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, solo procede cuando se establece que el hecho no ha existido, o que la conducta es objetivamente atípica, o no se ha logrado determinar el sujeto activo del delito.”

En consecuencia, si de las pesquisas reunidas el fiscal no avizora que el comportamiento tenga una connotación de conducta punible puede realizar el archivo de la diligencias, notificando de ello al denunciante y al Ministerio Público.

Importante los anteriores aspectos a efectos de entender la figura de la preclusión, facultad también derivada de la Constitución Política en su artículo 250-5 y que categóricamente se establece cuando *no haya mérito para acusar*.

Entiende la Sala que una vez ha llegado el conocimiento del fiscal de los hechos que revisten características de delito, como lo dijo la providencia que se transcribió con anterioridad, para hablar de la preclusión estamos en un momento procesal siguiente, en otras palabras por lo menos ya hay una conducta realizada en acción o en omisión, que puede enmarcarse en un tipo objetivo y del cual existe un sujeto pasivo que puede ser víctima; de los elementos materiales recaudados lo que no se tiene plena seguridad es respecto del autor o autores del comportamiento o teniéndose ellos pueden haber obrado en causales eximentes de responsabilidad.

No puede entenderse de otra forma porque ellos son los momentos del quehacer de la fiscalía respecto del análisis que debe hacer cuando ha recibido una noticia criminal y ha recaudado elementos,

primer estadio si no se pueden enmarcar en un tipo penal, sin ninguna valoración probatoria debe archivar es decir es una constatación absolutamente objetiva; si existen elementos materiales probatorios o evidencia física que si permiten encuadrar como quebrantamiento de una norma penal, pero no se tienen los demás elementos de aquel tipo, debe ir a preclusión; y si de la recolección de información le permite colmar la totalidad de los elementos del tipo penal puede formular imputación o acusación.

El baremo para continuar con el desarrollo de las instancias procesales acorde con los artículos 288 y 336 de la Ley 906 de 2004 se encuentra en la posibilidad que de aquel recaudo pueda inferirse la autoría o participación en el delito que se investiga.

Ergo, la figura de la preclusión debe ser utilizada cuando la imposibilidad para acusar se encuentre radicada en alguna de las causales establecidas en el artículo 332 de la misma normatividad procesal penal, pero se ha dicho por la jurisprudencia penal que aquellas causales también tienen una estructura que debe demostrarse por parte del ente acusador para que pueda tener éxito la pretensión deprecada, y se habla solo de la titularidad del ente acusador en el entendido que estamos en el estadio de la investigación.

Claramente lo que se pide es que al momento de presentar la argumentación sobre determinada causal se presente de manera tan completa que no deje duda alguna si se trata de esta causal o de otra ya que solo excepcionalmente puede el Juez de conocimiento precluir por una causal distinta a la solicitada, respecto del tema ha dicho la CSJ en AP 2025 del 19 de agosto de 2020 con radicado 57139:

“En ese orden, para disponer la preclusión de investigación se requiere acreditar más allá de duda razonable la causal invocada, pues tal decisión implica la extinción de la acción penal y por ende la terminación del proceso en forma anticipada y definitiva.

En CSJ AP, 18 Jun. 2014, Rad. 43797, la Corte reiteró su jurisprudencia así:

«Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que, si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal” (cfr. CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604, entre otras)».

Es por ello que la solicitud de preclusión debe estar soportada en evidencias y elementos materiales de prueba acopiados en el curso de la actividad investigativa, que transmitan el suficiente convencimiento al juzgador sobre la ocurrencia de la causal invocada.

Ahora bien, como la solicitud de preclusión de la investigación es una manifestación del derecho de postulación de parte interesada, no puede el juzgador adoptar dicha decisión por motivo diverso al que fue sustento de la solicitud, pues ello atentaría contra el principio de imparcialidad judicial. En casos excepcionales, por economía procesal, resulta procedente decretar la preclusión cuando habiéndose pedido por una

determinada causal, la argumentación y fundamentación probatoria haya estado dirigida hacia otra. (CSJ, AP1880-2018, Rad. 52169).”

De lo antes transcrito claramente se puede concluir que la argumentación que debe presentarse respecto de la causal debe estar encaminada a colmar la demostración sobre la estructura que aquella, que no puede ser un discurso general tendiente en que sea el funcionario judicial el encargado de adecuar la causal para la procedencia de la preclusión.

En esta oportunidad nuevamente se depreca por parte del ente acusador la causal 6ª del artículo 332 del código adjetivo penal para que demostrada proceda la pretensión que conlleva, si bien en anterior providencia de esta sala en este mismo proceso penal se indicó la exigencia que esta causal conlleva, para este evento además de los allá establecido se señalará que la labor del fallador será verificar que en efecto la tarea de la investigación para la claridad en cuanto a los elementos del tipo que se investiga se ha realizado y que tales no se ha podido tener la certeza de la autoría o participación de los acusados en los eventos indicados.

Conviene hacer énfasis en la necesidad de demostrar el trabajo investigativo realizado que debe ser completo, sobre el tema también la CSJ se ha pronunciado y en AP 2431 del 18 de junio de 2019 radicación 50082 dijo:

“Cuando se trata de la causal 6ª -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y 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, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar¹⁰. “

4. Análisis de la petición de preclusión.

Para abordar el tema que concita la atención de la Sala, primero se establece la necesidad de pronunciarnos sobre la solicitud de inadmisión del recurso propuesta por la agencia especial del Ministerio Público y por las partes, de superarse aquel requisito se continuaría con el análisis de la preclusión.

4.1. Respecto a la procedencia del recurso, claramente deberá estar orientado el medio de impugnación a confutar las motivaciones que ha presentado la A quo en su decisión, lo que significa que no es un espacio para reiterar la argumentación inicialmente presentada o para aducir nuevos argumentos, pero de vieja data la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre ha señalado que tampoco existen fórmulas herméticas respecto de la imposición de un recurso y por ello ha señalado:

“La sustentación del recurso no exige solemnidades ni fórmulas predeterminadas para el cumplimiento de tal obligación, pues lo esencial es que contenga las razones fácticas, jurídicas o probatorias en las que

¹⁰ Artículo 287 de la Ley 906 de 2004.

se fundamenta la discrepancia del recurrente con la decisión, así sea de forma “breve y de manera sencilla pero clara, de modo que el superior sin dificultad identifique el tema o temas de inconformidad y pueda resolver la controversia sometida a su consideración”¹¹.

De esta forma, aunque la argumentación de la recurrente fue sucinta y concreta, ello no desdice de su capacidad para refutar las consideraciones del a quo y obtener la revisión de la decisión de preclusión en esta sede, la cual se sujetará al principio de limitación conforme al artículo 178 de la Ley 906 de 2004, en tanto el recurso solo puede abarcar los aspectos sobre los cuales se haya presentado y sustentado la impugnación.”¹²

Vemos que la discrepancia de la representación judicial de la víctima se orienta en señalar que sí se ha presentado el delito de secuestro simple y el delito sexual, y se pide que haya una valoración probatoria conforme lo han señalado los testigos cercanos a la señora Niria Jacqueline, y llama a que la fiscalía realice un trabajo imparcial, que es el fundamento de la decisión señalar que no hay el delito mencionado porque hubo un mal programa metodológico y que respecto del delito sexual al no haber evidencias no se presenta.

Bajo esta perspectiva, claramente se encuentran unos argumentos que sí contradicen las motivaciones del fallo, si hay un ejercicio dialéctico donde se contrastan razones de la judicatura de tipo probatorio con las objeciones que son el sustento de su alzada, por lo que permite entrar en el análisis de fondo respecto de la decisión asumida.

¹¹ CSJ SP973-2019, Rad. 50396

¹² CSJ en AP 2025 del 19 de agosto de 2020 con radicado 57139

4.2. Para dar solución al problema planteado, debe la Sala recordar que se ha escogido la causal 6ª del artículo 332 del código de procedimiento penal para solicitar que se entregue una decisión con fuerza de cosa juzgada.

Para entrar en la hondura del tema, como ya se ha manifestado la Sala en esta providencia y en la anterior emanada el 27 de marzo de 2019, la causal escogida es una de las más difíciles por lo complejas para su demostración, porque se debe presentar por parte del ente investigador el trabajo investigativo realizado que debe ser completo en cuanto a las diferentes hipótesis que pueda presentarse y en cuanto a la recolección de evidencia que pueden generar otras hipótesis investigativas.

No es indicar que existen dudas producto de la falta de investigación es todo lo contrario, que realizada una investigación exhaustiva no se tiene la claridad en cuanto a la autoría o participación de los indiciados en los presentes hechos, y es por lo que el primer tema a desarrollar se encamina a si la argumentación presentada cumple con la carga requerida para la causal solicitada.

En esta oportunidad no se hizo relación de elementos materiales probatorios que había recaudado la fiscalía por cuanto fue parte de su presentación al momento de la solicitud el día 16 de enero de 2023 y que tal actuación es más por es el interés de cumplir con un fallo de tutela que otorgaba unos términos perentorios en cuanto que ha pasado ya casi 10 años y aún la fiscalía no tiene un programa metodológico orientado en esclarecer unos hechos, que verdaderamente de presentar una labor prolija de investigación.

Indica la fiscalía que debido a una amistad, la ingesta de licor y la situación anímica de la víctima lo que suscita una reacción en el esposo de ella, para ello sustenta su afirmación en un denuncia de violencia intrafamiliar del año 2008, es decir de 6 años atrás, ello lleva al ente investigador a no dar crédito al dicho de los testigos del lugar y por el contrario conceder total veracidad a lo dicho por los indiciados para llegar a la conclusión que ninguno de los delitos se ha presentado, porque además en cuanto al delito sexual las muestras son negativas para ellos, luego si presentan argumentos falaces como que de esta forma no se puede realizar imputación alguna porque se ha realizado una ardua labor investigativa.

No en vano en la presente providencia se indicaba la existencia del artículo 79 de la misma normatividad procesal penal, en la que se establece que si el comportamiento no se puede adecuar objetivamente a uno de los tipos penales lo conveniente es la utilización de esta figura y nada más sano sería por cuanto se trata de una decisión que no hace tránsito a cosa juzgada y que en el momento de encontrar nuevas elementos puede reabrirse la investigación.

Si para la fiscalía con aquellos elementos materiales probatorios, evidencia física no es posible avanzar a otro estadio procesal porque el comportamiento no tiene características de delito, así debe obrar, porque de lo contrario su argumentación es contradictoria, está manifestando que no ha podido definir quién es el autor pero está diciendo que no hay un comportamiento punible, se recuerda que está haciendo la solicitud en el escenario de la causal sexta que se titula, *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*, que no es la causal tercera, de ahí como también se dijo la importancia de la coherencia en la argumentación referida a la causal.

Pero también incurre en otro error la fiscalía y es en realizar la valoración probatoria para hacer su solicitud, dando crédito a una de las exposiciones presentadas por una de las partes y dejar sin valor al otro grupo de testigos, debe decir la Sala que en este marco de la pretensión de preclusión, quien está habilitado para realizar la valoración probatoria únicamente es el Juez de Conocimiento, no el ente investigador, quien solo debe describir la pesquisas realizadas y que de ellas no se puede desprender la contribución de los indiciados como autores o partícipes.

Un segundo tema se relaciona con que la investigación se ha completado debido a una ardua labor investigativa, a decir verdad, lo que se hizo luego de emitido el fallo de tutela fue repetir unas órdenes que ya se habían recopilado con anterioridad y que como se dijo con ocasión de aquel fallo constitucional es una investigación que no ha tenido progreso a partir del anterior pronunciamiento de preclusión por la misma sala.

De no dar valor a los testigos se pasa a justificar que el accionar del señor CAVB obedece a problemas de pareja con la víctima y que es ella quien ha pedido ayuda a los oficiales de la policía, en lo cual se debe decir no es más que una conclusión que puede aclararla el ente investigador y que si bien ha tomado varias entrevistas a la víctima y al mencionado señor en ninguna se ha tratado de dilucidar el tema.

En el pronunciamiento anterior se indicó los elementos del delito de secuestro y se dijo que así sean por escasos momentos dicho delito puede presentarse, a guisa de ejemplo el mal llamado secuestro exprés o paseo millonario, es una forma de secuestro por escasas horas, para este caso, la víctima fue llevada por los oficiales de la

policía en el automotor en el que ellos acudieron al bar, de lo cual hasta ellos lo admiten que la llevan en aquel rodante, y aparece a las dos horas, ahora lo dicho por ellos es que estuvo con ellos escasos 30 minutos, y la fiscalía voltea la carga de la prueba para que la señora demuestre donde estuvo, como no se ha demostrado no hay delito indica la fiscalía, dejando de investigar la incoherencia en el dicho de los interrogados.

La Sala no duda que a la fecha haya muchos medios de prueba que no pueden conseguirse, porque ya se dijo se van a completar 10 años de la investigación y la fiscalía no ha tenido la disposición para adelantar una verdadera investigación, ha menospreciado la prueba testimonial y la prueba pericial, tal vez considera que al no tener unos elementos no puede llegar a conclusiones cuando en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria.

Veamos unos ejemplos de esta investigación, con miras a saber quién lleva a la señora MQ a las dependencias de la URI en el año 2022 que se solicita los videos de las cámaras¹³ de aquel lugar, para así conocer en horas de la madrugada cómo llega a dicho lugar, sin embargo no se da cumplimiento a tal orden, se vuelve a mencionar lo de los videos de las cámaras del centro comercial Valle de Atriz y no se sabe nada de lo ordenado.

Pese a ello se recibe entrevistas a estas personas que han ejercido la vigilancia en aquel centro comercial en la fecha de autos para que indiquen si observaron algo fuera de lo normal, y dan cuenta que nada ha sucedido, pero no dan certeza de haber observado el automotor, si estuvieron pendientes del cierre del establecimiento, y si como

¹³ Carpeta EMP Fiscalía/Archivo 30

dicen los indiciados, en horas posteriores llevaron a aquel lugar un automotor dejando a una dama.

Otro ejemplo se obtiene la lista de las personas que laboraron para la época en actos urgentes aquel día en la URI, pero es que debe recordarse que al señor VB no le permiten formular la denuncia dado que la esposa había aparecido y son los vigilantes del lugar, que no los de actos urgentes quienes dan aquella información en las diligencias se dice que existe un vigilante de apellido Valdivieso¹⁴ que dio la orientación, de vincular la entrevista a los vigilantes no se ha dicho nada.

Hay documentos que aún perviven y pueden llevar a la claridad de esta accionar, debe haber un registro de ingreso y salida del automotor en las dependencias de la policía, ya que el indiciado DA en su interrogatorio señala que entregó el automotor y el arma, y esta persona es la que sabe en qué hoteles se quedaron los oficiales de la policía, que si bien puede que no exista cámaras de video si pueden indicar quienes eran los recepcionistas o encargados y tal vez las personas pueden tener un claro recuerdo de lo sucedido aquella madrugada del 2 de julio de 2014.

Debe de igual manera procurar comprobarse las afirmaciones de los indiciados de haber salido luego a consumir alimentos en un reconocido restaurante de la ciudad y dijo uno que debieron llevarle alimento también al coronel. Que como se ha dicho no son nada coherentes en los relacionado con la dama, unos que se bajó del carro en el hotel del coronel, otro que no se bajó del carro, otro que el coronel le dijo que se bajara, en lo que insistió el policial y ella no

¹⁴ Carpeta EMP Fiscalía/Archivo 02

accede, pese a su estado que no se sabe si es ebriedad o por otro motivo porque no se pidieron los laboratorios.

Existe en la investigación adelantada por la fiscalía una base de opinión pericial¹⁵ en la que se indica que la víctima presenta un trastorno depresivo producto del insuceso, y como acertadamente lo dijo la representación judicial de víctimas en el momento siguiente a la deprecación de la preclusión, no se puede pasar por alto que ella presentó evidencias en las uñas, la no existencia de fluidos o la exclusión de los indiciados no es sinónimo que no haya sucedido, precisamente la labor investigativa debe dar la claridad que no ocurrió como lo pregona la fiscalía, pero con evidencia tendiente a comprobar o no aquella objetividad penal.

Como también se encuentra sin resolver quien dio el dinero para llegar a una posible conciliación con la víctima, en interrogatorio de DP señala que lo reúne entre él y el teniente D, sin embargo del interrogatorio del teniente se deduce que no dio dicho dinero y que convencidos de su inocencia deciden contratar una abogada para que los represente.

En consecuencia, faltan elementos materiales de prueba que pueden dar luces a esta investigación y como también brilla por su ausencia un enfoque de género que se ha debido dar desde este proceso de consecución de evidencias, que por la forma como se está realizando se está revictimizando más a la afectada.

Conviene si precisar que en este sistema penal acusatorio la fiscalía no actúa de forma imparcial, que ha sido creada para adelantar las

¹⁵ Carpeta EMP Fiscalía/ Archivo 20

investigaciones que considere tiene características de delito, como al inicio se dijo es su facultad, pero cuando decide investigar debe hacerlo en aras de encontrar la verdad que es lo perseguido en esta reconstrucción procesal. La víctima sí ha sido a través de la normatividad y la jurisprudencia como un interviniente activo dentro del proceso penal y también puede adelantar una investigación para colaborar con el ente instructor, quien también tiene por disposición constitucional el deber de representarlo cuando no tenga apoderado, en este caso hay una representación judicial de víctima que puede de forma armónica buscar esa claridad para el proceso penal de la mano de la fiscalía.

Son estas las razones para indicar que no se colma la causal alegada y que deberá revocarse la decisión de primera instancia y en su lugar que continúe la investigación con el interés de proporcionar a la víctima, a los indiciados y a la comunidad, la verdad, la justicia y si hay derecho también la reparación.

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°. **REVOCAR** la decisión contenida en el Auto recurrido de fecha 12 de septiembre de 2023 proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, y en su lugar se dispone **NO PRECLUIR** la actuación en estas diligencias que se adelantan, conforme a las motivaciones anteriormente expuestas.

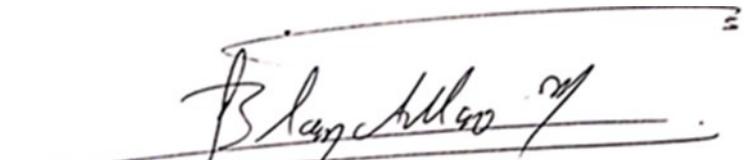
2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

2257



BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

8201



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado