



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2014-00646

Aprobado mediante acta 43

Medellín, marzo veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022).

La Juez Tercera Penal del Circuito de Bello mediante sentencia del primero de octubre del año anterior resolvió:

CONDENAR al señor CARLOS HUMBERTO TAMAYO NOHAVÁ, de notas civiles y condiciones personales establecidas en la parte motiva del presente fallo, a la pena principal de SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISIÓN, al ser hallado penalmente responsable a título de autor del delito de Acto sexual con menor de 14 años, agravado conforme lo previsto en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dejaron consignadas en la parte inicial de la presente providencia.

La Sala, atendiendo la debida sustentación del recurso de apelación y siendo competente (art. 34 # 1 C.P.P.), procede a su conocimiento y decisión, acorde con el siguiente análisis:

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

El juicio contó con los siguientes escenarios de prueba efectuadas en las sesiones del 8 de agosto y octubre 8 de 2019 y 28 de octubre de 2020 : **i) se estipularon** la plena identidad y ausencia de antecedentes del acusado; **ii) la fiscal** presentó como testigos a Claudia Patricia Sánchez Mejía (víctima), Amparo del Socorro Mejía Monsalve (su madre y suegra del acusado), Paola Andrea Sánchez Mejía (hermana de la víctima y esposa de Carlos Humberto), Gustavo Maldonado Cardona (médico) y Eliana Ríos Serna (psicóloga), y **iii) la defensa** hizo comparecer a Laura Alejandra Carmona Sánchez (hija de Paola) y rindió testimonio final el acusado Carlos Humberto Tamayo Nohavá.

Concluyó la Juez que el acusado es autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, agravado por el numeral 2 del artículo 211 del mismo estatuto por "la confianza" que le tenía, ocurrido el día 24 de diciembre de 2006 en la residencia que compartía con su esposa Paola Sánchez ubicada en Rosa de los Vientos del municipio de Copacabana. Halló probado que en medio de la celebración, entre las siete y ocho de la noche, la menor de 14 años Claudia Patricia *"se subió para la habitación de su hermana y el esposo para ver televisión, y estando allí llegó Carlos Humberto y procedió a acariciarle los senos y su zona*

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

pública, procediendo luego a masturbarse en su presencia, hasta eyacular”.

El fundamento de la responsabilidad la sustentó en la credibilidad que le concedió a la declaración de Claudia Patricia Sánchez, quien señaló que para ese 24 de diciembre de 2006 tenía 13 años, identificó una reunión familiar a la que acudió con su madre (también corroborada por esta) y describió los tocamientos sexuales que padeció.

En cuanto a la dosimetría, detalló que se procedía por el delito tipificado en el artículo 209 original de la Ley 599 de 2000 cuyo ámbito fue afectado, uno, por el aumento previsto en la Ley 890 de 2004 y, dos, por la agravante señalada en el numeral 2 del artículo 211 del mismo código, para un arco final de 64 a 135 meses de prisión. A continuación y respetando el primer cuarto, impuso el mínimo legal de 64 meses de prisión, igual inhabilitación de derechos y funciones públicas, y negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por la prohibición contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia “vigente desde 2005” y el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

2. La apelación.

Inicialmente criticó la transgresión del principio de irretroactividad de la ley penal en relación con la aplicación de la Ley 1098 de 2006 porque “*la misma comenzó a regir el día martes 08 de mayo del año 2.007*” y tampoco se podría aplicar

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

el artículo 209 de la Ley 599 del 2000 *"del supuesto 28 de diciembre de 2.006 día en que la supuesta víctima cumplió sus 14 años, ya los hechos fueron CONSENTIDOS"*.

En este orden, puso de presente el contenido de la citada Ley 1098, artículo 216, promulgado el 8 de noviembre de 2006 (Diario Oficial No. 46.446), que estableció una entrada en vigor 6 meses después, y del sistema de responsabilidad penal para adolescentes de manera gradual desde *"el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009"*, *"con base en la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2.006, no había delito que perseguir"*.

En todo caso, planteó la tesis, según entendemos, de que los hechos ocurrieron el 28 de diciembre de 2006, no el 24, fecha en la que ya la menor tenía 14 años. Reclamó, así, la prescripción de los hechos, la inaplicación de las normas y la inocencia que *"porque al fin y al cabo ya algunas les había operado el fenómeno de prescripción y otras gozaban del CONSENTIMIENTO"*.

Entonces, alegó que la Fiscalía fue estratégica al acomodar los sucesos delictivos antes de esta edad y se vio obligada a modificar la acusación, dejando por fuera los acontecimientos que se hallaban prescritos y censuró, por no saber el propósito, que se hubiera agregado en la acusación que el abuso venía ocurriendo con anterioridad.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

Sin discutir los tocamientos y, en general, relaciones sexuales, prescritos u ocurridos después de los 14 años, abordó el contenido de la declaración de Claudia Patricia que en su sentir se *"muestra mendaz, inverosímil, poco y para nada creíble"*, y encontró algunos hechos que le parecen inverosímiles, así: i) que se hubiera ido a ver televisión a un segundo piso en plena celebración, teniendo por esto "el don de la ubicuidad"; ii) si dijo conocer al acusado en el 2003, entonces está declarando que venía siendo accedida en pleno apogeo y conquista de su hermana por el acusado; iii) fue descubierta en el quehacer amoroso a los 21 años, estaba enamorada y la familia *"se le vino encima"* y solo en ese contexto fue obligada a denunciar: *"cuando fue sorprendida en flagrancia, cuando fue expuesta, ahí sí fueron delito, porque fue sometida al escarnio público, (solo familiar, y no del público en general)"*.

Además, (iv) refutó la afirmación de que el acusado le despertó los instintos sexuales ya que: *"un adolescente, o pre-adolescente inicia su vida sexual antes de la edad de 10 años, incluso comienza con la masturbación, y los tocamientos, hasta llegar al punto de experimentar con sus amiguitos o pares más cercanos"*, y para terminar contraría la ocurrencia del abuso: (v) el hecho de que continuó visitando la residencia del supuesto agresor y (vi) nunca tuvo una reacción de *"reprimida, callada, ausente..."*.

En cuanto a un disco contentivo de un audio de una comunicación entre el acusado y Claudia Patricia, destacó que *no se habla* de hechos ocurridos el 24 de diciembre de 2006

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

y *"la testigo refiere que el audio fue grabado aproximadamente en octubre de 2014"*.

Claudia expuso que en octubre de 2004 su hermana Paola y Carlos Humberto se casaron y admitió que incurrió en un error cuando dijo que desde el 2002 venía siendo víctima de los atentados sexuales ya que en realidad iniciaron a mediados del año 2004, modificación que estimó reprochable.

Criticó su afirmación acerca de que quería evitar quedar a solas con *"con el supuesto agresor"* y recordó la testigo el bautismo de su sobrino y no las fechas de la agresión, sin dejar a un lado que de manera censurable, en la Fiscalía le pidieron que recordara solo lo ocurrido en diciembre de 2006.

Destacó que la víctima no quería denunciar, pues fue el tío y su mamá los que la presionaron. Se enamoró de su cuñado (así que no era propiamente que él la molestara) y quería continuar con la relación clandestina. Estaba expuesta y quería limpiar *"o resarcir su propia conducta"*.

Censuró también el testimonio de Amparo Mejía Monsalve, madre de la víctima, porque no declaró todo lo que sabía respecto a algunos hechos de 2011 en los que ni siquiera Claudia conocía al acusado, no fue testigo de los hechos, no denunció inmediatamente sino que acudió a su hermano, fue por su concepto que lo hizo y también guardó silencio.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

CONSIDERACIONES

Si bien el problema jurídico planteado por la defensa apunta a la absolución por deficiencias de la prueba incriminatoria pues estima, en síntesis, que lo declarado por Claudia Patricia respecto al 24 de diciembre no es creíble y lo ocurrido antes están prescritos y los posteriores acaecieron cuando tenía 14 años (a lo que se agregó un problema de aplicación indebida de la Ley 1098 de 2006), la Sala, oteada la actuación, abordará el estudio de la pretensión desde una perspectiva diferente que comenzará con la verificación de cuáles fueron los hechos jurídicamente relevantes atribuidos al acusado (o que deben ser estimados mínimamente), para luego examinar si estos fueron probados, todo acorde con la valoración que demanda la vigencia del principio de congruencia en lo fáctico y jurídico.

Sobre esto último, recuérdese que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 establece que el acusado no podrá ser declarado culpable por los hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, y al examinar esta norma, en la sentencia C-025 de 2010, la Corte Constitucional estimó que este principio en nuestro sistema procesal no se agota en la relación del binomio acusación-sentencia, sino que se extendía a la imputación acorde con el siguiente razonamiento principal que caracteriza las diferencias entre lo fáctico y jurídico.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que debe existir igualmente una

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

congruencia fáctica entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, en tanto que manifestación del derecho al debido proceso penal (art. 29 Superior), en consonancia con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En igual sentido, la Corte Constitucional considera que el derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia.

Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo *provisional*, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación.

Antes de continuar, debemos recordar que la relación entre imputación y acusación no es rígida, sino que, por el carácter

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

progresivo de la actuación penal, este último acto puede padecer modificaciones, como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte al exponer, acorde con las siguientes conclusiones, vertidas en la sentencia del 5 de junio de 2019 (SP2042-2019 Radicación n° 51007):

(i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando , el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de añadirla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (y) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo. Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento

En el caso que juzgamos, la modificación jurídica no ofrece dificultad. Se pasó de un concurso "*homogéneo y sucesivo*"

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados por la confianza atribuidos en la imputación a un (1) solo hecho delictivo endilgado en la acusación acaecido el 24 de diciembre de 2006; importa destacar: 4 días antes de que Claudia Patricia Sánchez Mejía cumpliera 14 años.

En lo fáctico, este caso ofrece graves dificultades. Nótese que la Fiscalía está autorizada a realizar "*precisiones factuales*" que no afectan la adecuación típica, o como se dijo en la anterior decisión, desarrollando el capítulo de "*Circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica*":

Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.

Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente.

Empero, esta posibilidad de cambio para satisfacer la exigencia de "*una relación clara y sucinta de los hechos*

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

jurídicamente relevantes en un lenguaje comprensible” (# 2 artículo 337 del C.P.P.”), como veremos, no se presentó debidamente.

Para desarrollar el objetivo planteado miraremos con detalle lo ocurrido en las audiencias de imputación y formulación de acusación, en especial en cuanto al cuadro factual.

1. La imputación.

En audiencia del 8 de febrero de 2018, a un poco más de un mes para que se extinguiera la acción penal por prescripción, en vez de atribuir los hechos relevantes, la fiscal optó por exponer el contenido de los medios de conocimiento que tenía en su poder, tal como se reproduce a continuación entre los minutos 15:15 y 34:15, enunciados “*como elementos fácticos*” (con algunas subrayas de nuestra autoría que luego serán retomadas), así:

Para el 14 de julio del año 2014, la joven Claudia Patricia Sánchez Mejía de 21 años de edad denunció un presunto acceso carnal de que fuera víctima, da cuenta que son hechos ocurridos desde el año 2004, 2006 y posteriormente año 2008 en adelante hasta casi el año 2014. En ella da cuenta que el presunto indiciado es el señor Carlos Humberto, ya filiado con anterioridad.

Menciona que “**los hechos que concretamente y que se van a imputar**” ocurrieron entre los años 2002 hasta finales de 2006. Menciona que vivía con su hermana Paola Andrea Sánchez Mejía en el barrio Niquía, asimismo señala que Carlos Humberto aprovechaba, el esposo de su hermana Paola, desde que tenía 10 añitos

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

de edad aprovechaba para tocarla e inclusive se masturbaba delante de ella cuando su hermana no estaba y la manoseaba en los senos y en la vagina. Da cuenta de que cierto día despertó y él estaba a su lado, y le ponía el pene en las piernas, no la penetró en ese momento, siempre la tocaba, pero nunca le dijo a su hermana por miedo a la reacción.

Aduce de igual manera que cuando tenía 12 años su hermana se mostró celosa e incluso le dijo a su señora madre que no le gustaba la confianza que existía entre la joven Claudia, su hermana, con el señor Carlos.

En ella mencionó que el señor Carlos se acudía a la casa de ellas, era el novio de su hermana Paola, y en el 2014 se casan (aclarar la fiscal que esa es la información que reposa en denuncia inicial ...).

Igualmente se menciona dentro de estos hechos que hay una menor de edad de nombre Alejandra que es hija de su hermana Paola y que le contó a Claudia de que también al parecer hubo un incidente donde el señor Carlos la tocaba cuando tenía 8 y 9 años y ella preocupada entonces decide denunciar.

Menciona que no lo hizo antes porque le tenía aprecio, le tenía cariño, además porque todo empezó de esa manera cuando ella tenía 10 añitos, tocaba sus partes íntimas, nunca la accedió carnalmente, y aquí si es clara en señalar que esto sucedió en la Urbanización Rosales de Terranova acá en Bello.

Menciona que en ningún momento había tenido para esa edad relaciones con persona alguna y señala que lo quería y le tenía mucho aprecio, lo consideraba como un papá, le ayudaba en tareas, se preocupaba por sus cosas e incluso económicamente le ayudaba. Y menciona en consecuencia que estos hechos se dieron entre el año 2002 hasta finales del 2006.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

A lo anterior, la fiscal describió los demás medios de conocimiento que tenía en su poder de esta forma:

Que tenía un informe pericial de clínica forense realizado el 14 de julio de 2014 por el médico Gustavo Maldonado Cardona en el que Claudia Patricia a los 21 años menciona que a los 10 años, época en la que vivía con la familia de su hermana mayor, el esposo de la hermana Carlos Alberto le acariciaba todo su cuerpo y en una ocasión *le metió* el pene entre las piernas y la indujo para que lo viera mientras se masturbaba; que ocurrieron "hasta el año pasado" y hallando himen anular desgarrado antiguo que indica relaciones sexuales consentidas, lo que hace más factible lo dicho por la menor.

Que también contaba con un informe de investigación de campo suscrito por el investigador de la Fiscalía Sosa Noreña que da cuenta de varias entrevistas que se realizaron, incluida una a Claudia Patricia en octubre 16 de 2014 en la que esta informó que todo había iniciado en el 2004 cuando Carlos Humberto entró a la habitación en que se hallaba en un tercer piso sin tocar la puerta y comenzó a tocarle la vagina y los senos, y quedó como en shock, no le dijo nada y tampoco le quitó la mano. Expuso que la entrevistada adujo que ocurrió del 2004 hasta finales 2006 porque en el 2007 no se llevó cabo esos actos sexuales y solo recibió acoso verbal porque le hacía llamadas para que se vieran y tuvieran relaciones. Allegó copia de unos mensajes de texto donde Carlos da cuenta que tuvo esas relaciones con *la niña desde los 10 años, indicando, en uno de ellos, que, si tiene que pagar, si Dios lo quiere, no tendría nada que hacer.*

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

A continuación, afirmó que hacía parte de la investigación otra entrevista del año 2014 en la que Claudia *“vuelve y habla de los hechos que fueron objeto de la denuncia”* y refiere como Paola su hermana se dio cuenta de la relación y describió los actos subsiguientes hasta su admisión ante su madre y un tío que labora en Medicina Legal. Aclaró que en esa entrevista indicó Claudia Patricia que desde el 2006 hasta el 2012 no volvieron a ocurrir y solo le insinuaba cosas y desde los 19 años comenzó nuevamente a conquistarla aceptando una relación clandestina. Finalmente refirió que los hechos ocurrieron desde muy niña y su tío fue el que le dijo que tenían *“peso”* y aconsejó que acudieran luego a una psicóloga, quien la remitió a la Fiscalía donde se presentó la denuncia; acotó que tenía en su poder copia del informe de consulta.

Y por último, describió el resto de los actos de investigación que tenía en su poder, así: (iv) entrevista a Amparo del Socorro Mejía Monsalve el 16 de octubre de 2014, quien expuso sobre el proceso de descubrimiento, revelación de lo ocurrido, confrontación con el acusado y denuncia; (v) entrevista a Paola el 17 de octubre de 2015 quien describió que se enteró de lo que estaba pasando por una tía que se dio cuenta y luego la confrontación a su esposo y hermana y después de unas citas de ambos a un psicólogo, continuaron con la convivencia; (vi) oficio de la SIJIN, que indica que el imputado no tiene antecedentes de carácter judicial e (vii) historia psicológica del 27 julio de 2015 de Eliana Ríos Serna y mayo 26 de 2016 respecto a una asesoría. Además, (viii) CD contentivo de varias conversaciones sostenidas entre Claudia y Carlos con su transcripción; (ix) concepto de

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

psiquiatría forense suscrito por la médica Carolina Jaramillo Toro y, para terminar, cuenta con (x) entrevista de Enrique Horacio Mejía Monsalve, tío de la víctima, en la que reseñó la forma como tuvo conocimiento y su consejo para que presentara denuncia porque era delito el abuso de menores.

Vista la imputación, es evidente que posee graves anomalías pues la fiscal 227, en vez de describir los hechos relevantes que iba a atribuir, prefirió relacionar los medios de conocimiento que tenía en su poder y sus contenidos, y su descubrimiento oral, tópico que carece de idoneidad para afectar el debido proceso.

El problema es que este proceder es contrario a la ley, y sin duda crea confusión ya que deja al Juez, como es este el caso, el acto intelectual de extraer de una descripción cuáles fueron los hechos imputados, con la muy frecuente afectación del derecho de defensa.

Sobre esta última reflexión, es oportuno recordar que el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 establece que el fiscal expresará oralmente, además de la individualización de la identidad, una *“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento”*.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

La Sala de Casación Penal, en la sentencia antes referida, ha insistido que esa exposición solo debe contener los hechos jurídicamente relevantes, que son diferentes a los medios de conocimiento obtenidos que los soporten y los hechos indicadores de esos sucesos. Ha sostenido, que:

En armonía con lo anterior, ha hecho énfasis en las diferencias entre: (i) hechos jurídicamente relevantes -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal-; (ii) hechos indicadores -los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes-; y (iii) medios de prueba -los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores- (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

Sobre esta base, ha resaltado que el artículo 288 establece que en la en la audiencia de imputación solo se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes. También de tiempo atrás, la Sala ha precisado que son hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, deben incluirse en la imputación, los atinentes a las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad. La decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862 resulta paradigmática frente a este tema, por diversas razones.

La anomalía no siempre lleva a la nulidad, sino que, caso por caso, se debe establecer si de la exposición se logra individualizar unos sucesos que permitan el derecho de defensa y la construcción clara de la conexión con la acusación

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

y la sentencia. Advertía la Corte sobre esta perspectiva de análisis:

No debe olvidarse que el descubrimiento de las pruebas se inicia en la fase de acusación. Ahora bien, si la Fiscalía pretende hacer un descubrimiento anticipado, para facilitar el allanamiento a cargos o un acuerdo, debe buscar el momento adecuado para hacerlo, que, en todo caso, no será la audiencia de imputación, por las razones que se acaban de explicar.

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltará más adelante.

En fin, son las siguientes variables fácticas las que se extraen de la imputación, que a su vez tuvieron como fuente la denuncia o entrevistas y que mínimamente admitirían la legalidad del acto:

Primero, se afirmó que los hechos ocurrieron entre el 2002 o 2004 hasta el 2006, cuando vivía en la Urbanización Rosales de Terranova de Niquía-Bello con su hermana (sin mencionar a nadie más).

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

Segundo, sucedieron cuando el acusado era el novio de su hermana Paola, acudía a la casa de ellas, hasta que en el 2014 se casaron.

Y finalmente, en ese contexto, **uno**, aprovechaba para tocarle los senos y la vagina e inclusive se masturbaba delante de ella, cuando su hermana no estaba y, **dos**, cierto día despertó, él estaba a su lado y le puso el pene en las piernas, pero no la penetró en ese momento.

Los problemas que se observan son:

i) Sobre el tiempo de ocurrencia, descuidadamente se atribuyó un conjunto de hechos prescritos, pues si la imputación acaeció el 8 de febrero de 2018, la acción penal solo tendría vigencia desde el 8 noviembre de 2006 y que se extendería durante 135 meses, pena máxima del delito doblemente agravado hasta su interrupción; recuérdese que los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la Ley 1154 de 2007 que extendió el plazo de prescripción.

ii) Si se fijó el lapso del abuso de manera amplia hasta finales de 2006, comprendió ilegalmente un corto lapso de ausencia de tipicidad en que la víctima había cumplido 14 años.

Y, sin duda, iii) hay una inadmisibile generalidad al señalar dos hechos de abusos sin fijar la metodología de vivencia en que ocurrieron. Máxime que con una adecuada entrevista se pudo haber especificado el abuso con variables sencillas como el

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

lugar de residencia de la víctima, si ocurrieron antes o después del matrimonio de su hermana, si fue en la nueva residencia visitada por Claudia Patricia o cuál fue la situación de vida que se presentó.

2. La acusación.

En todo caso, veamos lo ocurrido en este acto a efectos de determinar, si se lograron superar las anteriores deficiencias y cómo quedó en fin de cuentas la historia de abuso sexual que debemos estudiar.

A partir del minuto 14:20, la fiscal indicó en la audiencia del 7 de mayo de 2018 que:

El día catorce (14) de julio del año dos mil catorce (2014), la joven Claudia Patricia Sánchez Mejía, ante la casa de Justicia de ésta municipalidad, denunció al señor Carlos Humberto Tamayo Nohavá, cuñado suyo, quien desde los 10 años y hasta sus 13 años de edad, le realizó vejámenes sexuales consistentes en tocamientos en todo el cuerpo, vagina y senos, así como frotamiento de su pene entre sus piernas, y actos masturbatorios, lo que ocurrió en diferentes oportunidades, siendo la última fecha el 24 de diciembre del año 2006, y efectivamente se hace alusión a esta fecha porque fue la última, y en la que propiamente para el momento de la imputación fue la que se hizo alusión donde también hubo tocamientos en vagina y senos. Obraron además conversaciones por chat, donde el mismo imputado reconoce haber realizado ese tipo de conductas reprochables cuando tan solo era una niña, y ahí también un video que en su momento se le descubrirá a la defensa donde el mismo señor Carlos Humberto reconoce que cometió abuso sexual contra la joven Claudia Patricia.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

Al momento del examen médico legal sexológico la joven dio cuenta a sus 21 años de edad, al Doctor Gustavo Maldonado Cardona del Instituto de Medicina Legal, de los tocamientos en todo su cuerpo por parte de Tamayo Nohavá, los que se dieron mientras vivieron con su hermana, y de lo cual la responsabilizaba su hermana de nombre Paola Andrea, quien para ese momento vivía con ella o con ellos, tanto con la señora Claudia como su madre. Hechos que se dieron varias veces, y que en el tiempo afloraron desbocando en relaciones sexuales ya a su mayoría de edad, siendo clara que nunca había sostenido relaciones sexuales con nadie.

Y en el **minuto 17:30** modificó lo jurídico afirmando que se trataba de un solo acto sexual con menor de 14 años agravado y sin otro detalle indicó que únicamente se acusaba por el suceso del 24 diciembre de 2006.

Ya se redujo a un solo día, excluyéndose los hechos prescritos o atípicos. Pero, nótese, que las circunstancias modales indicadas en la imputación al no ser cambiadas o precisadas, se conservaron, esto es, entonces: mientras vivían en la casa con su hermana en la Urbanización Rosales de Terranova de Bello-Niquía y cuando el acusado las visitaba, y respecto a lo ocurrido el 24 de diciembre se conservó la generalidad de tocamientos de senos y vagina, sin precisar los detalles del contexto de vida en que ocurrieron, lo que es sin duda una indebida indeterminación.

Como habíamos visto, la fiscal pudo haber optado en este acto por precisar las circunstancias de tiempo, modo y espacio, teniendo en su poder toda la información, pero no lo hizo, y

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

sin dejar de anotar que la pasividad del defensor al admitir semejante ambigüedad, según pregunta expresa que el Juez de esta audiencia le hizo, no sana o convalida la irregularidad.

3. La sentencia.

Esta generalidad va a tener consecuencias, no en la afectación del debido proceso sino en el análisis sustancial de la responsabilidad penal del acusado.

La Juez encontró que fue demostrado que los hechos ocurrieron en la residencia que compartía el acusado con su esposa Paola (no la de su familia antes que se casaran, como se indicó en la imputación y se conservó en la acusación), ubicada en Rosa de los Vientos del municipio de Copacabana (y no en la Urbanización Rosales de Terranova de Bello-Niquia) y ocurrieron en una situación de vida que nadie había referido, esto es, que fue en medio de la celebración entre las siete y ocho de la noche y que la menor de 14 años Claudia Patricia *"se subió para la habitación de su hermana y el esposo para ver televisión, y estando allí llegó Carlos Humberto, y procedió a acariciarle los senos y su zona púbica, procediendo luego a masturbarse en su presencia, hasta eyacular"*.

Apenas se conocieron las circunstancias de tiempo, modo y espacio del abuso en su declaración del 8 de agosto de 2019, más de 12 años después.

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

La Juez arribó a la citada conclusión con base en el testimonio de Claudia Patricia, tal como lo expuso en la sentencia, esto es, que para el 24 de diciembre de 2006, su hermana Paola vivía en Rosa de los Vientos en Copacabana y ella y su mamá, fueron a pasar la navidad con la familia de su hermana. Estaban tomando licor y como ella se aburrió porque no había nadie de su edad, se fue para la habitación de su hermana y el esposo, que estaba ubicada en el segundo piso a ver televisión, se acostó en la cama, y estando allí, llegó su cuñado Carlos Humberto y empezó a tocarle los senos, le metió la mano por dentro del *jean* y le tocó la zona púbica para proceder luego a masturbarse, como hacía siempre, afirmó que ella le decía que no, pero él no atendía. Es la única prueba, y tan solo su mamá corroboró la visita y estadía en esa residencia.

Entonces, el problema jurídico no es el propuesto por la defensa consistente en la debilidad de la prueba presentada en el juicio: inverosimilitudes, interés para faltar a la verdad, vacíos, problemas de legalidad en la aplicación de la Ley 1098. La Sala no los va a abordar, aunque debe dejar en claro que la credibilidad del testimonio de la supuesta víctima es criticable por sinuoso e interesado e impediría edificar un conocimiento más allá de toda duda razonable para condenar al escoger convenientemente un día en que la historia del abuso iba a fluir sin problemas jurídicos, denunciado más de 8 años después y exponiendo unos detalles que solo se supieron en el juicio luego de 12 años, todo, como lo declararon su madre y hermana, originado en un contexto en el que se descubrió su relación consentida y clandestina con

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

el acusado, y en medio del escándalo familiar se presentó la denuncia.

Es que el espacio y modo de vida declarados por la Juez son diferentes a los que se fijaron en la distraída e indeterminada acusación, lo cuales, en conclusión, no fueron probados. La Juez se fue para un escenario diferente que se hallaba por fuera de los cargos imputados y esta incongruencia no se enmienda con una nulidad sino directamente con la absolución.

En consecuencia, se revocará la sentencia condenatoria dictada en contra del señor Tamayo Nohavá como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y, en su lugar, se absolverá por ausencia de prueba, lo que implicará, desde luego, revocar la orden de captura.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

1. Revocar la sentencia condenatoria dictada por la Juez Tercera Penal del Circuito de Bello mediante sentencia del primero de octubre del año anterior en contra del señor Carlos Humberto Tamayo Nohavá como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravada y, en su lugar, se **ABSUELVE** de los cargos formulados en la audiencia

C.U.I.: 0508860002002014-00646.
ACUSADO: Carlos Humberto Tamayo N.
DELITO: Acto sexual abusivo.
DECISIÓN: Revoca y absuelve.

de acusación. Se revocará la orden de captura ordenada, si es que fue efectivamente proferida y comunicada.

2. Informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia virtual para su notificación en estrados.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN.