



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00206 2018 21347
DELITO: Acto sexual violento agravado.
PROCESADO: JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA
PROCEDENCIA: Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia
OBJETO: Apelación de auto que decreta nulidad desde la imputación
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Auto 71
Aprobado acta 198

Medellín, siete (7) de octubre de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se pronuncia la Sala frente a los recursos de apelación interpuestos por el delegado de la fiscalía y el representante de víctimas, en contra del auto del ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno, proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia), luego de proferido el sentido de fallo condenatorio, mediante el cual decretó la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación, en el proceso adelantado contra **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**, por el delito de acto sexual violento agravado.

ANTECEDENTES

Los hechos jurídicamente relevantes, se consignaron en el escrito de acusación, de la siguiente manera:

"El 20 de julio de 2018, aproximadamente a las 6 de la tarde, la menor de edad (10 años) C.U.G., fue llamada por su vecino JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA, a la residencia de éste para que le hiciera el favor de ir a una tienda a comprarle una cerveza. Tan pronto lo hizo, le dijo que ingresara al inmueble y la sentó sobre una cama con el pretexto de que le iba a realizar un masaje con aceite en los pies, para lo cual le pidió que se quitara los pantalones, pero como ella no quiso hacerlo, él se los quitó y enseguida no solo le tocó con sus dedos la vagina y el ano, sino que se desnudó a medias y contra su querer, se tiró encima del cuerpo de ella, quien solo pudo liberarse de él cuando pidió ayuda a gritos, al término de lo cual le dio una suma de dinero.

Estos hechos sucedieron en el inmueble habitado por el señor Atehortúa, ubicado en el número 54 B-104 de la calle 67 del municipio de Itagüí, barrio Balcones de Sevilla. Son constitutivos del delito de acto sexual violento, cometido en persona menor de 14 años, regulado en el artículo 206 del Código Penal, sancionado con prisión entre 8 y 16 años, y agravado en los términos del ordinal 4 del artículo 211 debido a esa minoría de edad de la víctima."

DESARROLLO PROCESAL

Por estas conductas, en audiencias llevadas a cabo el veintiuno (21) de julio de dos mil dieciocho, ante el Juzgado Cuarenta y Uno penal Municipal, con Función de control de Garantías de esta ciudad, se le impartió legalidad a la captura de **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**.

Acto seguido se formuló, por el fiscal 125 Seccional, imputación en contra de **ATEHORTÚA PINEDA**, como presunto responsable del delito de acto sexual violento agravado, sin que aceptara la responsabilidad penal.

Se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

Presentó el delegado fiscal, escrito de acusación en contra de **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA** y correspondió el asunto, por reparto, al Juzgado Juez Primero Penal del

Circuito de Itagüí (Antioquia), efectuándose la audiencia de acusación el doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho, y la preparatoria el veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve.

El juicio oral se realizó en sesiones del veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve, cuatro (4) de febrero, diecinueve (19) de mayo, dos (2) de octubre, ocho (8) de septiembre, cuatro (4) de noviembre de dos mil veinte y tres (3) de mayo de dos mil veintiuno, fecha última en la cual se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio.

El ocho (8) de septiembre del año que transcurre, cuando procedía la realización de la audiencia de lectura de sentencia, el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, decretó la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación, por considerar que se presentaba una vulneración a derechos y garantías fundamentales, decisión contra la cual el delegado de la Fiscalía y el representante de víctimas, interpusieron los recursos de apelación que ahora se resuelven.

LA PROVIDENCIA APELADA

Anunció el *A quo*, que cuando se disponía a realizar la sentencia de primera instancia, detectó que en la audiencia de imputación de cargos efectuada el veintiuno (21) de julio de 2018, ante el Juez Cuarenta y Uno Penal Municipal de Medellín, con función de control de garantías, el fiscal luego de identificar al indiciado, refirió como hechos materiales del caso, que la abuela de la menor denunció que su nieta de 10 años, le reveló que sufrió tocamientos provenientes del encausado y calificó esa situación, como acto sexual

violento agravado por realizarse sobre persona menor de 14 años (artículos 206 y 2011 numeral 4 del Código Penal), y no agregó nada en el acápite fáctico.

Indicó que conforme a lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 52.507 del 7 de noviembre de 2018, es carga del ente inculpativo, referir los hechos jurídicamente relevantes en la imputación de cargos, conforme al artículo 228 numeral segundo del Código de Procedimiento Penal, entendidos estos como aquellos correspondientes al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales, lo que implica definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta que se endilga al procesado y los elementos estructurales del tipo penal, entre otros.

Expresó que en dicha providencia se señala, que es posible acudir a remediar esa situación sin acudir a medidas extremas, pero cuando las faltas en su delimitación sean de carácter accesorio, como cuando se omite el sustento fáctico de una agravante, ello conduce a que sea eliminada o no tenida en cuenta, sin que deba decretarse la nulidad, atendido a que el yerro no comporta suficiente entidad como para entender afectada la estructura del proceso.

No obstante lo anterior, sostuvo que, según la Corte, si en el acápite fáctico se deja de precisar el elemento que delimita la connotación delictuosa de la conducta, no se puede dudar que lo referido carece de trascendencia penal y en

consecuencia se aparta, por mucho, de un hecho jurídicamente relevante, tópico que no se cumple con adjetivaciones, criterios subjetivos o conceptos eminentemente jurídicos, haciendo necesario la invalidación de lo actuado.

Anunció que, en el caso analizado en la providencia antes referida, precisamente en la imputación por un delito de lesiones personales culposas, no se determinó cuál fue la desatención, impericia o violación de las normas de tránsito que condujeron el resultado dañoso, decretándose la nulidad desde la audiencia de imputación inclusive, ya que se dijo, esa situación no era subsanable ni convalidable.

Por ello, afirmó que en el caso objeto de análisis, se advierte similar situación, aun pasando por alto que el ente fiscal estuviera en posibilidad de hacerlo, ya que contaba con los insumos para ello, no ubicó temporo espacialmente el hecho, en tanto el que una niña de 10 años sufra tocamientos por parte de un individuo no es una conducta punible, y es que dicho supuesto de hecho, no se adecua ni de manera aproximada a un tipo penal, pues para que el comportamiento tuviera trascendencia en el ámbito criminal, tendría que haberse dotado de un contenido fáctico sexual, describiendo exactamente, qué hacía que los tocamientos, por sí mismos neutros e inocuos, fuesen eróticos, para lo cual, tendría que haberse hecho referencia a las partes del cuerpo manipuladas, la forma y tiempo de su realización, o las palabras empleadas por el presunto agresor en el instante de los sucesos, entre otras circunstancias, de tal manera que

pudieran sugerir los hechos indicadores del ingrediente libidinoso esencial del artículo 209 del Código Penal.

Explicó, que si se trata del canon 206 del Código Penal, la exigencia crece en intensidad, pues aparte de lo anterior, tendría que manifestarse con contenido fáctico concreto los medios violentos que se emplearon para el acto sexual, como podría ser una golpiza, una amenaza contra la vida e integridad o el empleo de la fuerza para vencer la resistencia, subrayando que como se dilucidó, la simple referencia a elementos normativos del tipo penal como la expresión sexual y violento, no satisfacen el requerimiento procesal ausente.

Igualmente se refirió a la providencia con radicado 54.996 del 22 de octubre de 2020 en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, explicó que lo dicho en la diligencia de legalización de captura o en otras, como la acusación, ni el silencio de la defensa, subsanan el defecto concerniente a la falta de definición de los hechos jurídicamente relevantes en la imputación de cargos, porque una afectación de esa índole, resulta insubsanable, no es convalidable, así se admita que de todas maneras el procesado, pudo conocer el cargo fáctico elevado en su contra más adelante, cuando es acusado, y que incluso, ante el silencio que guarda la defensa ante el notorio dislate, no queda solución diferente a la anulación del procedimiento desde la audiencia de imputación inclusive, a efectos de que se rehaga adecuadamente.

Por lo expuesto, y acogiendo ese criterio, decretó la nulidad de la actuación procesal inclusive desde la audiencia de formulación de imputación, conforme al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, en tanto dice, no hay otras acciones correctivas que permitan superar el vicio que afecta el proceso, en tanto este proviene de temprana actuación procesal y la irregularidad se irradia sobre las diligencia subsiguientes, sus efectos son trascendentes en la medida que se dificultó el ejercicio de la defensa, pero también pueden generar impunidad perjudicando a las víctimas, y al no ser convalidable ni subsanable, su único remedio es la anulación.

Finalmente esgrimió que en punto a la violación de garantías fundamentales de defensa y de las víctimas, ilustrativo resultaba reseñar, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 54.996, explicó que como la imputación constituye una forma de materializar los derechos del procesado de conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para ejercer la defensa, la acusación no puede modificar el núcleo fáctico de la imputación. Además, en sentencia con radicado 52.507, la misma corporación anotó que cuando se dejan de relacionar hechos jurídicamente relevantes a pesar de que pueden ser demostrados, se afecta el derecho a la justicia.

De tal manera, decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación y ordenó la libertad inmediata de **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**, siempre y cuando no fuere requerido por otra autoridad.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

DELEGADO DE LA FISCALÍA

El delegado de la Fiscalía argumentó su disenso con la decisión de primera instancia, solicitando revocar la declaratoria de nulidad, con fundamento en dos puntos fundamentales:

En primer orden refirió que al formularse la imputación a **ATEHORTUA PINEDA**, desde el punto de vista fáctico le quedó claro, *-conforme a lo que la abuela de la víctima manifestó-*, en qué consistieron esos tocamientos. Además, en modo alguno, se contó con la voluntad de la menor, para la realización de la conducta, e independiente de que hubiere consentido, tenían un contenido sexual como bien se le expresó, fueron tocamientos en sus partes sexuales, que indican que así exista el consentimiento de la menor, la conducta es típica.

Sostiene que, de no haberse precisado al cierre de la investigación los hechos constitutivos de violencia, teniendo en cuenta la edad de la menor, los mismos seguirían comportando unas conductas constitutivas de un delito de menor entidad, como sería el de actos sexuales con menor de 14 años, por lo que bien podría degradarse la conducta, teniendo en cuenta que no se aparta de lo fáctico, ni implica agravante a la situación jurídica del procesado, pero insiste, como la víctima es menor de 14 años, y no consintió la situación, habría que atenderse que fue un hecho de carácter violento.

Reiteró que con la imputación en los términos en que se efectuó, quedó claramente delimitada la fecha de los hechos, y las circunstancias de los mismos, y si no se ahondó en aspectos de naturaleza subjetiva, es claro que tenían contenido sexual producto de tocamientos de un adulto a un menor, sin ninguna relación de familiaridad, o de alguna índole entre ellos y no estaba realizando para ese momento algún comportamiento de carácter profesional o similar, por lo que la naturaleza del mismo y la forma en que se llevó a cabo, eran de contenido netamente sexual, máxime las partes de la menor que se tocaron y cómo el cuerpo del procesado fue movido sobre ella.

Por ello, refiere, desde el inicio de la investigación, **ATEHORTÚA PINEDA** tenía claro, exactamente, cuál fue su comportamiento, tanto que la defensa contrastó las pruebas de cargo de la fiscalía.

En segundo lugar, subraya que las providencias que fueron tenidas en cuenta por el juez de primera instancia para decretar la nulidad no eran el criterio jurisprudencial vigente para la época de los hechos y la imputación, por lo que mal hizo en traer las mismas afectando los derechos de las víctimas, con un exceso de ritualismo manifiesto, vulnerándose el debido proceso al exigirla al órgano investigador, aplicar una jurisprudencia que para ese momento no existía.

APODERADOS DE VÍCTIMAS

Se opuso a la declaratoria de nulidad, indicando que la judicatura tiene el oficio de ejercer un control de legalidad respecto a cada una de las actuaciones, sin embargo, en el caso quedaron saneadas para la emisión de la sentencia de primera instancia, por lo que se debe revocar la decisión del A quo, para que se materialicen los derechos de la víctima a la verdad, la justicia, no repetición y reparación.

Insistió en que en el proceso no se presentó ningún traumatismo, porque todas las actuaciones fueron controladas, y, por el contrario, una nulidad, vulnera los derechos de la víctima y el debido proceso, ya que ello conlleva un perjuicio mayor.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

DEFENSOR

Frente a los recursos de apelación interpuestos, solicitó confirmar la decisión de primera instancia y dijo compartir el criterio de ubicación normativa, de carácter retrospectivo y favorable del juez para señalar las falencias de forma en la imputación, inconsistencias que, si bien admite, no fueron reprochadas por la defensa, tuvieron efectos negativos para el procesado, por la carencia de especificidad en el modo en que se enunciaron los hechos jurídicamente relevantes, que se convirtieron en el pilar fundamental, para que el juez, de manera garantista decretara la nulidad desde la imputación, inconsistencia que no permitió que desde ese momento, se estructuraran los parámetros básicos de tiempo, modo y lugar para una

adecuada defensa material por parte del procesado y sus apoderados, toda vez que no se fijó un objetivo procesal concreto por la fiscalía para la persecución penal, por lo que esas irregularidades en la imputación se transmitieron a las demás actuaciones procesales.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, primer numeral, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia), despacho adscrito a este distrito judicial y la providencia demandada está contemplada en el numeral 3° del artículo 177 de la ley 906 de 2004, como una de aquellas respecto de las cuales procede la alzada.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, el tema propuesto por los impugnantes y hay sustentación suficiente para que podamos resolver el fondo del asunto.

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si se presenta una vulneración al debido proceso en aspectos sustanciales de **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**, conforme al análisis realizado por el juez de primera instancia, o si, por el contrario, como lo plantean los apelantes, no estamos frente a una irregularidad que amerite la declaratoria de la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación.

Para resolver tal cuestión, esbozaremos un planteamiento general del desarrollo jurisprudencial sobre el tema y luego analizaremos el caso concreto.

En torno a la obligación de la Fiscalía de precisar los hechos jurídicamente relevantes, son múltiples las decisiones emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se ha precisado la importancia de tal actuación. En reciente providencia con radicado 54.658 del 10 de marzo de 2021, al respecto se reiteró:

4. Sobre la correcta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes

La Sala de manera reiterada, ha señalado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)

Sobre este último punto, la Corte ha señalado que la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, no solo conspira contra la claridad y brevedad de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, sino en disfavor de la eficacia y prontitud de la administración de justicia. Además, podría afectar el principio de congruencia, el derecho de defensa del procesado e incidir en la delimitación del tema probatorio, dando lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información sin que se agote el debido proceso probatorio.

Ahora bien, como en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, 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, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y

los medios de prueba, la Corte de manera reciente señaló que en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007):

Así se expresó la Corte:

«Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda injustificadamente la duración de las audiencias, con el grave impacto que ello genera para la recta y eficaz administración de justicia; (ii) entremezclar estos aspectos suele conspirar contra la claridad de los cargos incluidos en la imputación, lo que no solo afecta las posibilidades de defensa, sino, además, el estudio de la medida de aseguramiento y la terminación anticipada de la actuación en el evento de que el imputado se allane a los cargos o decida celebrar un acuerdo con la Fiscalía; y (iii) aunado a la extensión injustificada de las audiencias, es común que, bajo esas condiciones, **no se incluyan en los cargos todos los referentes fácticos de las normas penales seleccionadas, lo que afecta todas las fases del proceso.**

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**».

Sobre la delimitación de los **hechos jurídicamente relevantes ante la pluralidad de sujetos activos**, la Sala ha establecido que en esos eventos la Fiscalía debe precisar: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, **con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar**; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (iv) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).

En sentencia con radicado 56.800 del 22 de enero de 2020, se consignó:

“En el sistema de enjuiciamiento penal adoptado en nuestro país por el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la confección y la presentación del pliego acusatorio como presupuesto indispensable del inicio del juicio público, oral, con inmediación de pruebas, contradictorio y concentrado (art. 250 Const. Política). **Uno de los requisitos, quizás el más importante, es una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”, incluyendo las circunstancias temporales, espaciales y modales en que éstos se desarrollaron** (art. 8, lit. h, C.P.P./2004).”

Debemos recordar que la relación de los hechos jurídicamente relevantes, es de suma trascendencia pues implica no solo la fijación del litigio, sino además la delimitación del debate probatorio y un cabal ejercicio del derecho de defensa, y en el caso de las negociaciones, comporta el soporte fáctico sobre el cual se llevan a cabo estas, lo que conlleva la obligación de que los delegados fiscales sean sumamente precisos y claros al establecer los hechos que en forma concreta le atribuyen al procesado, teniendo en cuenta que son, precisamente, los supuestos fácticos que condujeron a la fiscalía al ejercicio de la acción penal, es decir, lo que llevó a formular imputación y, tras una investigación, siguen considerándose suficientes para acusar o para soportar un preacuerdo o allanamiento a cargos.

Descendiendo al asunto que concita la atención de la sala, se analizó minuciosamente la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 21 de julio de 2018 ante el Juez Cuarenta y Uno Penal Municipal de Medellín, en la que se le indicó a **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**, luego de expresar sus datos de identificación lo siguiente:

“los hechos realmente que se están en este momento dilucidando básicamente se trata don JUAN MIGUEL de estos hechos que denuncia la abuela de la menor, en el sentido de que la menor le narra unos hechos en los cuales ella dice que fue, sufrió tocamientos por parte pues de usted y que, por lo tanto, ella le cuenta esto a la abuela y la abuela pues denuncia esto ante las autoridades y llaman a la policía en ese momento, que la menor entra en llanto y le narra lo que acaba de suceder. Si analizamos en que parte del código se encuentra esta, si eso es una conducta delictiva podemos observar que en el artículo 306, 206, se establece claramente que esta conducta, se establece allí como una conducta que es delictiva, o sea esta conducta no se permite por cuanto es contraria a ley, dice esta norma, el artículo 206 del Código Penal, el que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de 8 a 16 años, pero también debemos tener en cuenta el artículo 211, este artículo dice que las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentaran de una tercera parte a la mitad, cuando, cuando se realizare sobre, dice el numeral 4, se realizare sobre una persona menor de catorce años, en este caso pues la menor es una menor de 14 años, tiene 10 años según se dice en la denuncia, por lo tanto obsérvese que debemos aplicar este artículo también, 211 al momento de imputar esa conducta delictiva frente a la persona, entonces como esto se trata de una comunicación es simplemente una información que le estamos entregando al señor JUAN MIGUEL ATEHORTUA PINEDA, es eso de que la fiscalía va a iniciar, porque apenas se va a iniciar una investigación para establecer si hay responsabilidad o no (...). También se le tiene que comunicar al señor JUAN MIGUEL que esta conducta se le imputa a título de autor, una conducta dolosa, por eso se hace esta imputación (...)”

De esta manera, no queda duda para la Sala, que en los hechos jurídicamente relevantes enunciados en el acto de imputación, solamente se hizo referencia a *unos tocamientos*, sin especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente ocurrieron los mismos, como tampoco respecto a los actos de violencia ejercidos por el indiciado, ni siquiera se especificó en qué parte del cuerpo de la menor se hicieron, el sitio exacto donde se desarrolló la conducta, la fecha, ni ningún pormenor que permitiera establecer el aspecto fáctico de su ejecución y menos que connotaran un acto de naturaleza sexual, por lo que, debemos admitirlo, el

procesado, no tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico de los cargos en desarrollo de la mentada diligencia.

Lo anterior, por cuanto el hecho que el delegado fiscal, adujera: "*básicamente se trata don JUAN MIGUEL de estos hechos que denuncia la abuela de la menor, en el sentido de que la menor le narra unos hechos en los cuales ella dice que fue, sufrió tocamientos por parte pues de usted*", en realidad no denota una conducta de naturaleza sexual, menos violenta, al margen de las conclusiones del delegado de la fiscalía expuestas en el recurso de apelación, en el sentido de que la violencia se deriva de la falta de consentimiento de la postulada víctima, pues ni siquiera se hizo alusión a esa circunstancia, menos a la realización de un acto erótico de alguna naturaleza.

Y si bien podría pensarse en un remedio subsidiario como la emisión de una decisión en contra de ATEHORTUA PINEDA por una hipótesis delictiva menos gravosa, como lo es el delito de acto sexual con menor de 14 años, lo cierto es que ni siquiera respecto a esta conducta punible sería dable una sentencia, porque como se dijo, tampoco se determinó en el primigenio acto de comunicación, cuál fue ese acto sexual cometido por el encartado, dado que solo se hizo referencia a *tocamientos*, que desde el punto de vista naturalístico en nada comportan una conducta de índole sexual, en tanto el diccionario de la real academia de la lengua define la palabra tocar como: *ejercitar el sentido del tacto, llegar a algo con la mano sin asirlo, hacer sonar según el arte cualquier instrumento*, entre otras definiciones¹.

¹ <https://www.rae.es/drae2001/tocar>

Ahora bien, en providencia con radicado 54.691 del catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la materialización del derecho de defensa exige *«la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación»*².

Por ello, es dable concluir que al margen de que en el acto complejo de acusación sí se le especificara a **ATEHORTUA PINEDA**, desde el componente fáctico las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente desarrolló la conducta, de cara al delito de acto sexual violento agravado por recaer sobre una menor de 14 años, no se corresponde esa especificación con los hechos que le fueron precisados en la imputación, vulnerándose el aludido postulado, menos cuando la variación se dio de cara a la imputación fáctica y no jurídica, en tanto ésta última, puede ajustarse o modificarse *«en términos racionales»*³ y admitidos jurisprudencialmente, pero sin que implique modificación del núcleo fáctico imputado, o lo que es lo mismo, los hechos jurídicamente relevantes.

De esta manera, se consigna en la providencia previamente referenciada, que aun cuando el titular de la acción penal está facultado, excepcionalmente, para modificar las premisas fácticas de la imputación, de ninguna manera, a esa potestad se puede acudir de manera caprichosa o arbitraria; depende de la obtención de nuevos elementos que surjan de la actividad investigativa y, de todas formas, con el condicionamiento señalado de adelantar

² Citado en CSJ SP2042-2019

³ *ibídem*

adición a la imputación, si la situación así lo amerita y permite.

De otro lado, debemos indicar que en providencia con radicado 51.745 del 14 de agosto de 2019, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, respecto a los casos en que debe realizarse la audiencia de adición a la imputación, se consignó que en razón al carácter progresivo de la actuación penal, una vez fijados en la imputación los hechos jurídicamente relevantes, algunas de las circunstancias de la premisa fáctica pueden ser modificadas en la audiencia de acusación, aunque puntualizó que lo deseable es que los cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones, de cara a materializar las garantías constitucionales del sujeto pasivo de la acción penal, que tiene derecho a conocer, con la mayor brevedad posible, los hechos por los cuales será investigado.

En tal sentido, reiteró que algunas de las circunstancias que pueden dar lugar a cambios en la premisa fáctica de la imputación son: (i) las 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, o la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad; (ii) la supresión de hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado, por ejemplo, si se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; se suprimen aspectos fácticos y, por ello, hay lugar a subsumir la conducta en un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión; o se dan por probados los presupuestos fácticos de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas; etcétera, y (iii)

cuando después 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, supuestos en los cuales no hay que realizar una adición a la imputación.

Sin embargo, refirió que 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, en todo caso, debe acudir a la adición de la imputación, agotando los trámites procesales pertinentes para ello.

Y en este caso, no podemos afirmar que en el acto complejo de acusación lo que se hizo fue simplemente precisar las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, en tanto lo que se evidencia, es que se incluyó de manera total el referente fáctico del delito que le fue imputado.

Por ello, creemos, siguiendo la jurisprudencia sobre el tema, el delegado del ente acusador debió haber realizado una nueva imputación, en tanto, se itera, se incluye la precisión de todo el aspecto fáctico de cara al delito endilgado, que no había sido incorporado en la audiencia preliminar respectiva.

Precisamente, en providencia con radicado 52.507 del 7 de noviembre de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró que ha sido acuñado pacíficamente por esa

corporación que la descripción fáctica – o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la Ley 906 de 2004-, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.

Pero, además, detalló que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso.

De la misma forma anunció que de manera similar se pronunció la Corte Constitucional⁴, en sentencia de exequibilidad del artículo 448 de la Ley 906 de 2004:

*“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

⁴ Sentencia C-025 de 2010

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.

*En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, interpretado de conformidad con los artículos 29 y 31 Superiores y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **comporta que el principio de congruencia se entiende igualmente aplicable, dentro de los límites fijados en esta sentencia, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación.***

Así las cosas, una interpretación conforme de la norma acusada con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, conduce a que el cargo de inconstitucionalidad por violación al debido proceso no esté llamado a prosperar.” – negrilla propia –

Por ello concluyó la Sala Penal, que si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral –*delimitación clara de los hechos jurídicamente relevantes*–, puede colegirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando la invalidez, única forma de restañar el daño causado. Por ello, expresó que siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla, anotando que al amparo del principio antecedente –consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.

Por lo expuesto, estimamos, se generó una afectación en la estructura del proceso y en los derechos del imputado,

en concreto de defensa y contradicción, no porque los medios de prueba recaudados no dieran cuenta que presuntamente **ATEHORTUA PINEDA** desplegó actos constitutivos de un acto sexual violento agravado, sino por el evidente dislate en el que se incurrió en la audiencia de imputación; diferente situación, si las precisiones al aspecto fáctico que se hicieron en la acusación, estuvieran soportadas en elementos materiales probatorios recaudados con posterioridad a la imputación, porque ahí sí, podía el ente acusador, fundadamente ajustar las premisas fácticas o jurídicas.

Lo anterior, por cuanto estima la Sala, la total imprecisión de los hechos jurídicamente relevantes que en este caso se dio en la audiencia de imputación como acto de comunicación inicial, no puede subsanarse con el conocimiento que de los mismos tuvieron con posterioridad el procesado y su defensor, fuere a través de la acusación o del descubrimiento de los elementos materiales, para considerar suplida esa carencia de precisión del aspecto fáctico, en tanto ese primigenio acto procesal, no cumplió su función, y por ello la insubsanable vulneración al debido proceso.

Aunado a ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que dichas falencias no son subsanables ni convalidables:

“mal puede decirse que la ausencia total de definición de este aspecto basilar puede suplirse con el conocimiento al cual puedan llegar aquellos por otros medios, dado que, así pudiera encontrarse esa información en dichos elementos, y así se permita advertir suplidas las deficiencias respecto de los derechos de defensa y contradicción, ello no elimina la circunstancia cierta de que el acto procesal no cumplió con su función primordial, en clara e

insubsanable vulneración del debido proceso"⁵.

Finalmente debemos indicar a los recurrentes, que si bien el juez de primera instancia e incluso en esta instancia se hace alusión a providencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con posterioridad a la comisión de los hechos y de la audiencia de imputación, esa garantía fundamental de precisar los hechos jurídicamente relevantes no solo se deriva de la interpretación plasmada en dichas providencias, sino del contenido del artículo 29 de la Constitución Nacional como garantía del debido proceso y del 288 del Código Procedimiento Penal, que claramente preceptúa que, en la audiencia de formulación de imputación, se debe efectuar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible.

Y el análisis que se hace es precisamente en aplicación de dicha garantía, como elemento basilar del debido proceso, por ello, aun cuando podrían verse afectados los derechos de la víctima con la invalidación de lo actuado como lo plantea su representante, ello no permite que se convalide el yerro detectado, además, el proceso deberá rehacerse y por esa senda, se garantizará la materialización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Aunado a ello, la Corte Constitucional explicó respecto a la aplicación de un cambio de un criterio jurisprudencial y su aplicación en el tiempo, en sentencia SU 416 de 2016, que:

El cambio de una determinada posición jurisprudencial por el

⁵ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52.507 del 7 de noviembre de 2018.

respectivo órgano de cierre, implica una modificación en la interpretación jurídica, es decir, del contenido normativo de determinada disposición y que, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, determina la aplicación judicial -en el orden horizontal y vertical- del derecho sustancial o procesal, según sea el caso. Ahora bien, no obstante que la aplicación general e inmediata de un nuevo precedente fijado por un órgano de cierre de la jurisdicción vincula a la administración de justicia como una garantía del principio de igualdad, tal regla general no puede pasar por alto el contenido material de la misma igualdad al que se hizo referencia anteriormente, y que conduce a que cada situación sea observada a la luz de las circunstancias particulares. Esta Corte concluye que, si bien la regla general indica que la jurisprudencia rige con efectos inmediatos y en este sentido vincula a los operadores judiciales que deben tenerla en cuenta en sus decisiones, la autoridad judicial tampoco puede pasar por alto que, en ciertos escenarios concretos, la actuación de los sujetos procesales pudo estar determinada por la jurisprudencia vigente para entonces, por lo que el fallador, al momento de proferir su decisión, debe establecer, a partir de un análisis fáctico, si el cambio de jurisprudencia resultó definitivo en una posible afectación de derechos fundamentales al modificar las reglas procesales con base en las cuales, legítimamente, habían actuado los sujetos procesales y, en este sentido, el juez de conocimiento puede, como excepción a la regla general de aplicación de la jurisprudencia, inaplicar un criterio jurisprudencial en vigor al momento de proferir el fallo, pero contrario a uno anterior que resultó determinante de la conducta procesal de las partes.

Pero al margen de tal planteamiento, encuentra la Sala que la jurisprudencia referenciada para determinar la vulneración a las garantías del procesado no obedece a un cambio de precedente, sino a precisiones sobre la garantía procesal consagrada en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, en nuestra opinión, atendido que se socavaron las bases del debido proceso, que esa afectación es sustancial y no hay forma diversa a la decisión tomada para subsanarla, se confirmará la decisión de primera instancia, mediante la cual se decretó la nulidad desde la audiencia de

formulación de imputación, para que se corrijan los yerros detectados.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno, proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia), mediante el cual decretó la nulidad desde la audiencia de formulación de imputación, en el proceso seguido contra **JUAN MIGUEL ATEHORTÚA PINEDA**, por el delito de acto sexual violento agravado, para que se corrijan los yerros detectados.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada a las partes y a los intervinientes en estrados y contra la misma no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado