



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Ordinario: 2021-50476

Aprobado mediante acta 002

Medellín, enero doce (12) de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión de no declarar la nulidad de la actuación desde la imputación, que fue proferida por la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín en el proceso penal que se adelanta respecto del señor **Omar Elías Estrada de la Cruz** por las conductas de actos sexuales con menor de 14 años agravados (arts. 209, 211 # 2 C.P.), conforme a los siguientes hechos descritos en el escrito de acusación:

Entre los meses de julio y agosto de 2021. En la vivienda ubicada en la calle 74 No 98-100, interior 301 del barrio Castilla de Medellín. El señor OMAR ELIAS ESTRADA DE LA CRUZ realizó tocamientos erótico sexuales a la menor I.R.S. de 10 años de edad, en varias oportunidades, hechos que suceden cuando la menor frecuenta la residencia donde vivía el señor OMAR ELIAS y donde en ocasiones la cuidaban, pues es la casa de su padrino el señor Janior Ramos y su esposa Natalia Estrada, quien es hermana del agresor.

Siendo entonces el primer hecho en el mes de julio de 2021, cuando I.R.S. estando en la casa de la señora Natalia, y mientras esta extendía una ropa en el patio o terraza, la menor fue enviada a la cocina por un café o a apagar un fogón, frente a la cocina hay una sala que estaba tapada con una cortina, acondicionada como la habitación del señor OMAR ELIAS, quien una vez la menor pasa por ese lugar, la toma de la mano por la fuerza, la ingresa a ese espacio de la habitación, lugar donde le toca la vagina por encima de la ropa, los senos y la cola y le advierte que no podía gritar.

Otro de esos eventos ocurre un mes después, es decir, en el mes de agosto de 2021, cuando nuevamente el señor OMAR ELIAS toca en la vagina a la menor I.R.S., pero esta vez le baja el pantalón y le toca la vagina por encima de la ropa interior, diciéndole nuevamente que no fuera a gritar y que no podía contar nada sobre estos hechos.

Hechos que se dan en ese marco de confianza, que le genera no solo a la menor I.R.S. sino a la madre de la víctima, porque era en esa residencia donde cuidaban constantemente a la menor, y donde no le iba a pasar nada, oportunidades que aprovechó el señor OMAR ELIAS para poco a poco acercase a la víctima, le decía bonita y a veces jugaban al ajedrez o al parqués, entre otros juegos, después de un tiempo, fue que comenzó a mirarla de tal forma que la hacía sentir incomoda, a sobarle las manos para después iniciar con esos tocamientos en las partes íntimas, como lo son la vagina y la cola.

Hechos que se presentaron en varias oportunidades cuando OMAR ELIAS le realizaba esos tocamientos en la vagina por encima de la ropa y por debajo de la ropa, tomándola por la fuerza cuando se encontraba sola en algún lugar de la casa de su hermana Natalia, a veces se podía soltar y otras veces no, hechos en los que la llegó a lastimar por la intensidad de esos tocamientos, siempre bajo amenazas de hacerle daño a la mamá o con sobornos económicos, generando en la menor consecuencias psicológicas, como tristeza, insomnio, diversos temores, y que a veces podía evitar cuando llamaba a la señora Natalia, preguntando si OMAR ELIAS

estaba allí, pero indica que el agresor siempre llegaba cuando ella estaba en ese lugar”.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Audiencia de formulación de acusación.**

En la audiencia realizada en sesiones del 17 de junio y 5 de julio del presente año, al dársele traslado a las partes con el fin de que se refirieran a causales de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad, conforme lo establece el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el defensor solicitó la nulidad de la actuación desde la formulación de imputación (art. 457), por la violación de las garantías fundamentales al momento de la presentación de los hechos jurídicamente relevantes, pues se le indicó a su prohijado que los hechos datan de julio y agosto de 2021, sin referirse a una fecha y hora específicas, lo cual es reafirmado en el escrito de acusación, vulnerándose con ello el artículo 29 de la Constitución Política, concretamente el debido proceso, pues *“la forma propia de este juicio”* es que los hechos se narren de manera clara, concreta y en lenguaje entendible para el procesado de acuerdo al art. 288, numeral 2, del CPP, y en este caso no se le indicó claramente cuáles son las conductas y circunstancias de tiempo, modo y lugar que los fundamentan, lo que lleva al fiscal a realizar un acto de acusación indeterminado, desconociendo los parámetros de los artículos 288 y 337 de la misma norma.

Agregó que el artículo 448 posterior, fija la pretensión de la Fiscalía, sobre la cual el Juez debe pronunciarse de

fondo, y si la acusación no está clara y determinada, la sentencia también vulnerará el debido proceso en cuanto a que la fiscalía no concretó las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión de la conducta, lo que también transgrede la garantía del artículo 8 del CP, literal h, que determina como principio rector o guía interpretativa dentro de este tipo de procedimiento, que el procesado tiene derecho a conocer los actos que le son imputados, y que deben ser expresados en términos que le sean comprensibles, con la especificación de esas circunstancias.

Destacó que permitir un trámite de la imputación y acusación con unos hechos indeterminados como los que se presentan, también permean el debido proceso respecto de la admisibilidad de las pruebas, art 357, puesto que no puede alegarse la pertinencia de un testigo que pretenda declarar sobre lo ocurrido un día que no existe en la acusación, pues ésta es "*totalmente abierta*", lo que tampoco permitirá fijar el tema de prueba para los testigos y peritos, lo que trunca el método de investigación y el programa metodológico que como defensa se pretenda establecer, mencionando como sustento de su petición las sentencias 2629 y 741 del año 2021, y 14792 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

## **2. La decisión.**

La Juez negó la nulidad solicitada. Indicó que constató que en los actos de imputación y acusación se cumplieron los requisitos exigidos para establecer su validez y el derecho de defensa, se expuso dónde ocurrieron los hechos (residencia

del procesado dónde frecuentemente cuidaban a la menor), fueron delimitadas en el tiempo (julio a agosto de 2021, es decir solo 2 meses), indicándose las formas en que presuntamente se incurrió en la conducta (tocamientos de carácter erótico sexual), conforme lo manifestado en el escrito de acusación.

Concluyó que la exigencia de una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes fue cumplida desde la imputación sin que pueda exigirse que la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar conlleve aspectos tan puntuales, como las fechas y horas concretas de cada evento de tocamiento o el lugar exacto de su ocurrencia, pues la presunta víctima es una menor de 10 años, cuyo entendimiento y sentido de ubicación no puede ser asimilado al de un adulto.

Adveró que no puede perderse de vista, en punto de lo dicho por la menor, que por su edad resulta apenas obvio que los procesos mentales de percepción de los hechos, retención de la información, memorización y ubicación en el espacio y tiempo, está culminando su desarrollo y por tanto no se le puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad y fijación exacta e inmodificable de los hechos que percibió, conforme lo relacionó la Corte en sentencia SP1591 de 2020, del 24 de julio, relacionando otras decisiones.

Le parece que existen aspectos importantes para la delimitación de los hechos, pues no se presenta indeterminación respecto del lugar donde se llevaron a cabo los tocamientos (la permanencia de la menor en su colegio,

en su casa y en la de los compañeros Ramos Estrada, vinculación y horarios laborales para entender si tenía acceso a la niña y si tenían interacción), aspectos sobre los cuales puede recaer la labor investigativa de la defensa, por lo que no advirtió truncado el tema de prueba. Se trata de objetivos claros sobre los que gravitará el debate probatorio.

Resaltó que la finalidad de la audiencia de formulación de imputación fue cumplida de manera suficiente, y por ello considera que no se transgredió su derecho de defensa. Culminada la audiencia de acusación, el defensor podrá acceder a los elementos materiales probatorios que soportan la misma, y la posible ocurrencia del delito tendrá que ser demostrada por la Fiscalía en el juicio oral.

Manifestó que en lo atinente al principio de congruencia entre la imputación y la acusación, el planteamiento del defensor tampoco resulta correcto. La actuación penal está regida por el principio de progresividad y en el escrito de acusación, no se contrarió el núcleo fáctico establecido. El carácter evolutivo que tiene el proceso penal permite que la fiscalía pueda hacer variaciones razonables a la imputación, aclarar, adicionar o corregir, según establece el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, como facultad de la fiscalía, a partir de nuevos o más concretos elementos materiales probatorios o evidencia física recaudados, y en este caso la narración de los hechos de la imputación fue idéntica a la acusación, sin que se hubiesen agregado circunstancias distintas a las comunicadas al procesado el pasado 22 de marzo. El defensor no hizo uso de la posibilidad de solicitar las aclaraciones y adiciones al escrito, por lo que se desdibuja toda posibilidad de conceder

una nulidad, al no cumplirse los principios de trascendencia y subsidiariedad, porque aquellos aspectos de los que se duele, son temas de debate en el juzgamiento, destacando que incluso en la imputación se *"elevaron idénticas inquietudes por la defensa"*, aspectos que no configuran la violación a alguna garantía fundamental y, por el contrario, serían una carga para la fiscalía, pues deberá probar con suficiencia los supuestos fácticos de la acusación para una condena.

### **3. La impugnación.**

El defensor interpuso los recursos de reposición y apelación con los siguientes argumentos de sustentación:

Indicó que la providencia 55370 dice que además de completa la acusación debe ser clara, es decir, no alegó que los hechos estuvieran incompletos, sino que eran indeterminados. Es evidente que el fiscal colocó un lugar de ocurrencia y un periodo de tiempo, pero son conductas que pueden ocurrir *"en 2 o 3 segundos"*, y para determinar esa ocurrencia de segundos o minutos *"en todo un mes"*, resulta violatorio *"de la garantía de buscar las pruebas de la defensa"*, se limita el conocimiento *"respecto de qué días o al menos en qué horas de ese día pudo ocurrir el hecho"*, no está solicitando *"hora, minuto y segundo, sino que por favor a la fiscalía en su deber de concreción, se le exija y se le obligue o se le pida que por favor delimite un poco más el contenido de ese hecho"*.

Explicó que en la línea jurisprudencial mencionada por la Juez se le exige a la fiscalía que conforme a las referencias

aportadas por la menor se trate de precisar, lo que no ocurrió ni en la imputación ni en la acusación, y la fiscalía se está excusando en que es una niña y por ello no va a investigar lo que está declarando. No se indagaron referencias personales de acompañamiento para tratar de precisar el hecho y garantizarle la defensa y la presunción de inocencia.

Expuso que los jueces están sometidos al imperio de la Ley y la jurisprudencia es un criterio auxiliar, para lo cual debe necesariamente construirse el precedente "*que quiero que me sea aplicado*" y la fiscalía no lo construyó, es decir, *nos estamos separando de la legalidad de la exigencia de la concreción de la investigación* y de sustentar los hechos jurídicamente relevantes en una línea que no se ha constituido para la decisión de esta petición presentada por la defensa. La jurisprudencia como criterio auxiliar, señala que se aplicará a casos análogos, y este caso es de una menor de 10 años "*es decir, casos que en su componente fáctico tengan el mismo razonamiento del caso que yo pretendo resolver*", y en ese orden "*tanto la sentencia 1591 como el auto 1640*" hablan de niños menores de 10 años, incluso la primera es de un menor de 3 años, pero en este caso se trata de una niña con un grado de conciencia, entendimiento y conocimiento superior, por lo que apartarse de la legalidad y de las garantías fundamentales aplicando un precedente en una situación que no es análoga trasgrede los derechos de su representado.

Concluyó que si bien el derecho procesal es progresivo, ello va dirigido es a la calificación jurídica y no fáctica. La imputación y acusación no pueden evolucionar y no se

pueden acomodar los hechos a medida que se vayan probando.

#### **4. No recurrentes.**

**4.1.** El **Fiscal** solicitó se confirme la decisión. Conforme al auto AP1640 de 2018 y la postura de la Juez, el entendimiento de un menor no puede ser asimilado al de un adulto. La Fiscalía no puede obligar a un menor, con el poco entendimiento que tiene, a que se acuerde cuándo sucedieron los hechos. La Corte ha dicho que los niños recuerdan hechos que han sido importantes en su vida, pero exigirles fechas es difícil, máxime cuando han sido víctimas de este tipo de situaciones. Los hechos fueron enmarcados en escasos dos meses, en los que la defensa puede establecer si el procesado tuvo algún tipo de acercamiento con la menor. Se trata de delitos de "*puerta cerrada*" por el rechazo social que genera y por ende no hay testigos que puedan corroborar exactamente las fechas y horas. Se trata de una víctima especial que ha sido objeto de protección por la Ley y la jurisprudencia.

**4.2.** Igual solicitud hizo el procurador judicial. Manifestó que si bien no se tiene el descubrimiento probatorio aun, la Fiscalía hace relación a los hechos jurídicamente relevantes con la base probatoria que tiene, y es ella quien determina hasta dónde llega la investigación y si considera que tiene elementos suficientes para acusar. La investigación es una tarea propia de la Fiscalía y si "*con lo que tiene*" no ha podido determinar la fecha y hora, sino el rango de dos meses, es un marco de tiempo determinado donde pudieron ocurrir los

hechos que sirve de base para que puedan ser llevados a juicio y dentro del debate probatorio decidir si en ese lapso ocurrieron o no, y de esa manera ejercer el derecho de defensa. Hay una precisión temporal y no se puede alegar que no se puede acusar, pues ello sería determinar la impunidad, por un hecho que claramente es explicable por la imposibilidad de recordar de la menor. Hay una progresividad, donde los elementos que fueron descubiertos en la imputación precisan una época temporal y espacial, que puede ser aclarado por la Fiscalía con algún elemento nuevo que tenga o mantenerla en iguales términos.

Concluyó que se reúnen los requisitos en la acusación para permitir el derecho de defensa.

##### **5. La decisión respecto de la reposición interpuesta.**

La Juez no repuso su decisión. Los cuestionamientos de dónde, cómo y cuándo ocurrió la conducta y quién es señalado de haberla cometido, fueron resueltos, y solo cuando están ausentes las respuestas a esos interrogantes puede decirse que *"una imputación se encuentra en el aire"*, trastocando las garantías del derecho de defensa y contradicción.

Expuso que la narrativa hecha en la acusación es idéntica a los cargos que fueron formulados en la imputación, no hubo variación a los hechos y la jurisprudencia ha aceptado que haya circunstancias que puedan ser valoradas por esa progresividad en punto a la calificación jurídica que se hace.

Mencionó la decisión SP2042 de 2019, acerca de la delimitación progresiva de los cargos, y concluyó que la defensa se adelantó en su pretensión de nulidad, cuando lo que realmente le interesa es que se le aclare o se le amplíen los hechos jurídicamente relevantes, lo cual ocurre en la audiencia de acusación, si se tiene en cuenta que incluso pudieron agotarse algunos actos de investigación adicionales. Por lo demás, el fiscal ni siquiera ha descubierto los elementos que le dan concreción a la acusación, por lo que no puede decirse que se limitó a lo que dijo el trabajador social.

Explicó que si bien ignora si la fiscalía investigó más o no, resulta apresurado el pedimento, cuando la defensa aun cuenta con la posibilidad de solicitar esa precisión o ampliación del contenido de los hechos para saber si está trasgrediendo alguna garantía y si se genera una causal de nulidad, que no observa. El lapso del tiempo mencionado es muy corto y ello le permitiría fácilmente a la defensa establecer discusiones (como si en esos meses el procesado pernoctó en esa casa, si sus horarios coincidían, entre otras aristas), se trata de una menor de 10 años que no tiene la misma capacidad de un adulto de delimitar un hecho, y además será un tema que deberá valorarse en el juzgamiento.

Concluyó que los cuatro pilares mencionados inicialmente fueron mencionados y satisfechos, y fueron consignados y concretados en el escrito de acusación. Al momento de la declaración, la menor puede dar cuenta de otros hechos que ubiquen temporalmente a la defensa para estructurar sus

preguntas y la tesis defensiva, se le puede preguntar si esos hechos tienen correspondencia con algún recuerdo (cumpleaños, llamado de atención, salida lúdica, etc.) y en todo caso esa situación no hace que se desconozca cuándo y cómo ocurrieron los mismos, concluyendo que la ausencia de recordación de la fecha y hora exacta será un tema de decisión acerca de si resulta o no creíble la versión de la niña.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme al panorama descrito, anticipamos que la negativa de la nulidad será confirmada.

Con base en una motivación general que ya había expuesto esta Sala en otra ocasión<sup>1</sup>, la Juez aludió a que verificados los actos de imputación y posterior escrito de acusación, se cumplieron los requisitos mínimos exigidos para establecer su validez y la vigencia del derecho de defensa, y que en lo que tiene que ver con la falta de concreción en el tiempo de ocurrencia de los hechos, ninguna irregularidad fue observada en tanto se delimitó a los meses de julio y agosto de 2021, margen temporal que para la Sala resulta suficiente para garantizar el ejercicio de la defensa.

En nuestro caso los componentes fácticos fueron delimitados desde la audiencia de formulación de imputación realizada el

---

<sup>1</sup> El 20 de abril del presente año en el proceso radicado 0500160002072019-01538, proveniente del Juzgado 19 Penal del Circuito de esta ciudad.

22 de marzo del presente año, a partir del minuto 6:33, de la siguiente manera:

“Entre los meses de julio y agosto de 2021, en la vivienda ubicada en la calle 74 No 98-100, interior 301 del barrio Castilla de Medellín, usted señor **Omar Elías Estrada de La Cruz** realizó tocamientos erótico sexuales a una menor de 10 años de edad, le voy a indicar por única vez el nombre completo para que usted pueda saber de quién se trata... ella es la menor Isabella Ramos Soto, identificada con la tarjeta de identidad... hechos aprovechando que la menor frecuentaba la casa de su padrino, el señor Janier Ramos y su esposa Natalia Estrada, quien es su hermana, lugar donde usted vivía señor **Omar Elías**, y donde la menor en algunas oportunidades la cuidaban. Siendo entonces el primer hecho cuando I.R.S. estaba en la casa de la señora Natalia, y mientras ella esta extendía una ropa en el patio o terraza, la menor fue enviada a la cocina por un café o a apagar un fogón, frente a la cocina hay una sala que estaba tapada con una cortina, acondicionada como la habitación del usted señor **Omar Elías**, quien una vez la menor pasa por ese lugar, la toma de la mano por la fuerza, la ingresa a ese espacio de la habitación, lugar donde le toca la vagina por encima de la ropa, los senos y la cola y le advierte que no podía gritar.

Otro de esos eventos ocurre un mes después, es decir en el mes de agosto de 2021, cuando nuevamente toca en la vagina a la menor I.R.S., pero esta vez le baja el pantalón y le toca la vagina por encima de la ropa interior, diciéndole nuevamente que no fuera a gritar y que no podía contar nada sobre estos hechos. Dice la menor, que usted señor **Omar Elías** poco a poco se fue acercando a ella, que le decía bonita y que a veces jugaban al ajedrez o al parqués, entre otros juegos, después de un tiempo usted **Omar Elías** comenzó a mirarla de tal forma que la hacía sentir incomoda, a sobarle las manos para después iniciar con sus tocamientos en las partes íntimas, como indica la menor en los senos, la vagina y en la cola...”  
(Subraya de la Sala)

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos fueron enunciadas con claridad. El proceso de adecuación jurídica no fue objeto de discusión, y fueron demarcados como un concurso de actos sexuales con menor de catorce años agravado por la "confianza", conforme lo descrito en los artículos 209 y 211, numeral segundo, del Código Penal.

El concepto de lo jurídicamente relevante alude a los hechos que realizan cada uno de los elementos formales que componen la tipicidad atribuida, y de esa manera fue realizado por la fiscalía (el acusado en dos ocasiones determinadas en tiempo, modo y espacio, realizó actos de tocamiento en vagina, senos y nalga de una menor), y la obligación que tiene la misma de relacionarlos de manera clara y sucinta, conforme lo determina el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, no puede entenderse al extremo de que al no haberse establecido el día u hora específica de ocurrencia, según la exigencia realizada por el defensor, se lesiona de alguna manera el derecho de defensa y contradicción, sin olvidar que la acusación también definió como variable temporal una situación de vida específica que según la fiscalía conectaba a la presentada víctima y al imputado.

Es que el proceso de rememoración de una presunta víctima, sus vacíos, ausencia de detalles y su relevancia, es una variable típica del análisis probatorio, según las pruebas realizadas en el juicio, y no es correcto anticipar valoraciones acerca de la capacidad o no de la presunta víctima de evocar sucesos y la relevancia que tenga con el conjunto de pruebas.

Además de la naturaleza progresiva que tiene la atribución delictiva, según lo explicó la Juez, entendemos dos características adicionales de la acusación que impedirían acceder a la pretensión sancionatoria. **Primero** el escrito es un acto de parte que no es viable sancionar con una nulidad, y **segundo**, transita, previo saneamiento, a su formulación oral quedando todavía un espacio adicional para que el delegado disponga precisiones factuales, según tales o cuales observaciones. Así también lo explicó la Juez. Nada obsta para que en la verbalización de la acusación se hagan ajustes a la misma.

La Sala Penal de la Corte, recientemente en auto del pasado 23 de noviembre<sup>2</sup>, explicaba sobre estas conocidas características:

El escrito de acusación no puede ser entonces objeto de nulidad en el curso de la audiencia respectiva por obedecer, primero, a un acto de parte y segundo, porque un incidente de esa naturaleza no satisface el debido proceso legalmente previsto cuando se trata de formular observaciones en su respecto.

Pero además porque en cuanto acto complejo es solo una parte de la acusación, de manera que con la mera presentación del escrito aquella no se ha cumplido, luego cualquier alegación de invalidez se presenta apenas como una conjetura o una especulación, no como un hecho cumplido que revele la afectación cierta del derecho de defensa, mucho menos si el descubrimiento probatorio está en ciernes.

---

<sup>2</sup> AP5513-2022, radicación No. 62497.

Por las anteriores razones, la Sala conservará la decisión que por apelación se revisa

**El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**

**RESUELVE**

**CONFIRMAR** el auto apelado, advirtiendo que contra esta decisión no procede ningún recurso. Cítese a audiencia para su notificación.

**CÓPIESE Y CÚMPLASE**

Los magistrados,



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**



**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**