

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05674 60 00305 2019-00084

Acusado: Sergio Leandro Pulgarín Díaz

Delito: Acceso carnal abusivo en concurso con actos sexuales, ambos con menor de 14 años

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta No. 53

Medellín, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Sergio Leandro Pulgarín Díaz, contra la decisión proferida el 14 de abril de 2023, por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, de no decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo más relevante al objeto de apelación así:

2.1.- El día 10 de noviembre 2022, se llevaron a cabo ante Juez de Control de Garantías las audiencias preliminares dentro del proceso penal de la referencia, reseñándose como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes:

“...Ocurrieron en el barrio Santa Cruz y Tricentenario entre abril hasta los primeros días de septiembre de 2019, la menor MAOS, vivía con sus abuelos paternos en el Barrio Santa Cruz y allí conoció a Sergio Leandro, alias la pulga, quien conocía la edad de la menor que era de 13 años, pues ella se lo había manifestado; cuando se acercó en el mes de abril del 2019, sin precisar día, al colegio donde ella estudiaba, la recoge y la traslada a la casa de su sobrino Estiven ubicada en el mismo Barrio Santa Cruz y allí la hace su víctima, la abusa sexualmente al pedirle que se quitara la ropa, la deja con el interior y él hace lo mismo.”

En ese mismo mes de abril conduce a la menor a la casa de su hermana, la seduce para que se quite la ropa y la accede carnalmente con su miembro viril usando protección, hechos que repetidamente sucedieron aproximadamente unas 10 veces, cuando ella tenía 13 años, pues tuvo otras relaciones sexuales, pero ya contaba con 14 años de edad, hasta que la menor a motu proprio decidió dar por terminada la relación, pues venía siendo amenazada, tanto por usted como por su pareja sentimental, quien la amenazó con golpearla si seguía su relación con el señor Leandro, y usted la constreñía a que tenía que ser para usted exclusivamente o si no asumiría las consecuencias.

Esos son los hechos así sucintos que se le acaba de relatar lo consagra el código de penas, donde están las normas que nos dicen cuáles son los delitos que podemos cometer. Inicialmente hablamos de concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años, en el artículo 208 del Código penal (...).

En este caso sería concurso homogéneo porque de acuerdo a la versión de la víctima, ella dice 10 veces, entonces usted en varias oportunidades vulneró esta disposición, entonces el código 31 del CP, dice que esta pena se incrementa hasta en otro tanto por vulnerar la misma disposición.

Pero también hay “unos solos actos” son acto sexual, porque ella dice que inicialmente en el mes de abril ella fue llevada, abordada por usted a la casa de su primo y allí le hizo quitar la ropa, allí mismo usted se desvistió y es un acto sexual abusivo con una menor de 14 años, artículo 109 (...), aquí usted no la accedió, sino que hizo unos actos sexuales abusivos como es seducirla para quitarse la ropa y usted igualmente desvestirse, entonces estos son los comportamientos para precisarles sería: acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo por la misma disposición penal y heterogéneo con actos sexuales abusivos con menor de 14 años. todo esto a título de Autor ...”

2.2. El fiscal radicó escrito de acusación por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto al Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, y el 14 de abril de 2023, una vez abierto el trámite para la audiencia de formulación de acusación, el defensor, conforme al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, solicitó la nulidad de lo actuado por violación a garantías fundamentales, ello debido a que los hechos jurídicamente relevantes eran difusos.

Lo anterior por cuanto, la fiscalía mencionó unos sucesos genéricos, sin clarificar circunstancias espaciotemporales y modales, esto es, cuándo, dónde y cómo. Es más, se refiere a un concurso de delitos, pero no especifica cada situación en particular, y tampoco el juez de garantías hizo el respectivo control al acto de comunicación.

Consideró que se debe anular la imputación, y como consecuencia, retirar el escrito de acusación y ordenarse la libertad del procesado.

El fiscal se opuso a la petición, indicando que no procede en este caso la nulidad –SPT16183-2022-, pues en los eventos en que no se reúnan los requisitos del artículo 337 del CP deberá el ente acusador aclararlo, adicionarlo o corregirlo.

Resaltó que, revisada la carpeta, observó que la víctima dijo que todos esos actos y accesos carnales ocurrieron más o menos 17 veces, pero que solo acusaría por 10 oportunidades porque sucedieron cuando tenía 13 años, en tanto, después de los 14 años no se configura delito; frente a la fecha, explicó que según la jurisprudencia en este tipo de punibles no se exige precisión en la misma.

En igual sentido, el representante de víctima se refirió a la posibilidad de la fiscalía de adicionar o aclarar la acusación, y a que, en este evento, la víctima delimita el tiempo en que ocurrieron los hechos.

3- DECISIÓN APELADA

El Juez de instancia, decidió no decretar la nulidad de lo actuado, al indicar que no se encuentran acreditados los principios orientadores de las nulidades, además, el acto de imputación cumplió su función y si los hechos jurídicamente relevantes se encuentran defectuosos es posible repararlo en la acusación, sin tener que acudir a la nulidad.

Refirió que en este caso el sujeto activo y pasivo están identificados, se determinó la circunstancia calificadora del tipo, se mencionó que hubo tocamientos y penetración; así mismo, se delimitó el rango de tiempo y el número de veces, que son elementos mínimos de la imputación. Y bien pudo la defensa pedir aclaración o corrección, esto que también puede realizarse en esta etapa procesal, por ende, no advierte vulneración a derechos, ni motivos para decretar la nulidad deprecada.

4- MOTIVO DE APELACIÓN

4.1. El defensor mostró su inconformidad con la decisión, resaltando que la formulación de imputación no es un mero acto formal, y las irregularidades allí presentadas no pueden subsanarse en la acusación.

Resaltó, respecto a la temporalidad, que se trata de diez (10) eventos ocurridos en el mes de abril de 2018, pero cuáles de ellos son actos sexuales o accesos carnales, son aspectos importantes que debe saber el procesado desde la imputación, so pena

de vulnerarse el derecho al debido proceso, además la defensa no puede convalidar irregularidades, y es deber del juez ejercer un control formal.

Solicita se declare la nulidad desde la formulación de imputación.

4.2. El fiscal como no recurrente, pidió confirmar la decisión, reiterando que cuenta con la posibilidad de aclarar o modificar los hechos jurídicamente relevantes, y en este caso, precisamente había evidenciado seis puntos por esclarecer, y lo hará en el momento correspondiente.

Explicó que la fecha está delimitada entre abril y septiembre de 2019, los hechos a arrostrar en la formulación de acusación son los ocurridos hasta cuando la menor tenía 13 años, y los diez (10) eventos que hasta ese umbral se cuentan fueron relacionados en el escrito de acusación, mismos que señaló la menor indicando cuáles fueron actos sexuales diferentes a la cópula y cuáles accesos carnales.

4.3- La representante de víctima, igualmente, solicitó la confirmación de la decisión, pues no se evidencia violación al debido proceso ni se cumplen los requisitos para la declaratoria de la nulidad, y la claridad que requiere la defensa bien puede realizarse en la acusación como en efecto lo pretendía realizar la fiscalía.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio, acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004, y comoquiera que el límite del recurso lo impone la parte apelante, se atenderá estrictamente a su argumentación para dar respuesta a la censura, la que puntualmente sí controvierte lo dicho por la juez, independiente del acierto de lo alegado.

El problema jurídico se centra en determinar si es la audiencia de formulación de acusación el espacio procesal donde se habilita discutir las supuestas falencias ocurridas en la audiencia de imputación, veamos:

Es claro que en la audiencia de formulación de acusación se abre un espacio para el saneamiento del proceso, como lo prevé el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, donde se pueden proponer nulidades, pero estas están limitadas a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos

constitutivos del escrito de acusación. Así lo ha explicado la jurisprudencia desde tiempo atrás:

“De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso, y, por esa razón, se les otorga la posibilidad de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, proponer nulidades si existieren, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reuniere los requisitos establecidos para él en el artículo 337.

Así las cosas resulta oportuno decir que, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de acusación tiene como objetivo fundamental el saneamiento del proceso, tanto en relación con el juez como con la estructura procesal.

En relación con el juzgador, la audiencia de formulación de la acusación resulta ser el escenario pertinente y la ocasión oportuna para la discusión y fijación definitiva del juez natural -a través, tanto de la impugnación de la competencia (promovida por las partes e intervinientes a la luz del artículo 339), como de la definición de competencia, promovida por el mismo juez (según lo normado por el artículo 54)-; y la discusión de la posible parcialidad del juez –a través de la formulación de impedimentos (artículos 56 a 60) y recusaciones (artículos 61 a 65).

Frente a la consolidación de la estructura del juicio, la audiencia de formulación de acusación se convierte en el espacio en el que se verifica la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación (previstos en el artículo 337), ya que son los presupuestos necesarios para activar el juicio contradictorio y concentrado, y contiene las bases sobre las cuales se va a construir la sentencia:

En primer término, la individualización del acusado;

- Además, los hechos jurídicamente relevantes, con los cuales debe ser congruente la sentencia, puesto que son, precisamente, los que se prueban, y sobre los cuales se juzga (artículo 448);

- El descubrimiento de las pruebas, con las que pretende la Fiscalía persuadir al juez sobre la existencia y trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes; de manera que la defensa conozca previamente todo el arsenal probatorio con el que el acusador se presentará a la contienda, precisamente para prepararse para el enfrentamiento con igualdad de armas;

- También la constancia de la garantía del derecho de defensa técnica;

- Y, finalmente, la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos...”¹

¹ CSJ. Sala Penal. Sentencia del 24 de agosto de 2009, radicado 31.900

Lo anterior, por cuanto en la sistemática acusatoria se ha definido un rol específico para el juez de garantías y otro para el de conocimiento, con el fin de que este último mantenga total imparcialidad y juzgue de manera libre, sin estar atado a informaciones y discusiones previas que posiblemente motivaron posiciones procesales en favor de una u otra parte; por eso mismo, el juez que ejerza el control de garantías, no puede ser, en ningún caso quien presida el juicio, y quien en aras de la imparcialidad de la que debe hacer gala, no ostenta una facultad amplia para que en aras de saneamiento pueda per se, o a instancia de parte, reencausar la acusación, valorando requisitos que tuvieron que ser evaluados en actuaciones cumplidas por quien tuvo a cargo la función de control de garantías.

Ello para significar que no será dable al juez de conocimiento, auscultar sobre un acto realizado en audiencia preliminar (la imputación), para determinar si la fiscalía contaba con asidero fáctico para formularla o si hizo una imputación en determinados términos, porque ese tema no es de su competencia, siendo las partes e intervinientes, quienes en su oportunidad, ante el juez de garantías podrán ejercer el control efectivo de la misma, como lo ha explicado igualmente la jurisprudencia:

*“No puede soslayarse **el deber** que tienen quienes participan en el proceso, tanto la defensa como la Fiscalía y, dentro de su órbita de competencia, el representante del Ministerio Público (que desde luego **no** es un convidado de piedra a la audiencia de formulación de la imputación, así como a ninguna de las actuaciones procesales –Artículo 277 – 1,2,7 de la C. Pol.). A ellos corresponde **ejercer un control efectivo a la imputación**, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delitos, en fin, hechos jurídicamente relevantes (artículos 287 y 288 del C. de P.P.)²*

Es decir, que si algún reparo tenía la defensa frente a la imputación que formuló la fiscalía en la audiencia preliminar, correspondía ejercer un control en aquél momento, exponiendo sus razones, dado su papel de garante de los derechos del investigado; entonces, cualquier duda que surja en temas como las circunstancias de modo, tiempo y lugar, o las formas de participación, incluso la punibilidad o los derechos del imputado a acogerse a cargos, debe aclararse en ese espacio procesal porque son aspectos propios de la audiencia de imputación, sin que se habilite guardar silencio para aparecer en la audiencia de acusación reclamando por ellos con el pretexto de conseguir una nulidad que permita la libertad del acusado.

Es de anotar también que, la formulación de la imputación constituye, además de un evento de formalización de la investigación, un acto de comunicación que se hace a

² Radicado 29.117, M.P Alfredo Gómez Quintero, providencia del 2 de julio de 2008.

una persona, el cual si bien traza desde un comienzo la pretensión de la fiscalía y cuál es la estrategia defensiva que debe ejercerse a favor de los procesados, no es inmutable en orden a mantener plena identidad sobre la índole delictiva de las conductas objeto de imputación, con la acusación y luego con la sentencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta precisamente el espacio existente entre la formulación de imputación y la acusación, en los cuales se continúa con la investigación, encaminada no solo a verificar la información con la que se cuenta hasta el momento, sino también a determinar la vinculación delictiva que los hechos aparejan, por tanto *“no es, entonces, el acto de la imputación un momento acabado de definición del delito y consecuente responsabilidad penal, pues, si así fuese, carecería de sentido la investigación subsecuente y no sería posible acudir a mecanismos tales como el de la preclusión, producto, no sobra recalcar, de lo que esa investigación consecuente arroja”*.³

En este sentido, explicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En efecto, dado el carácter progresivo del proceso penal, resultaría inconsistente dentro de criterios de razón práctica exigir a la Fiscalía que la inicial imputación formulada en la audiencia dispuesta para ello tuviera carácter inmutable, inmodificable y vinculante con carácter definitivo para el mismo ente acusador y el trámite, pues con una tal postura se olvidarían las etapas de conocimiento por las cuales transita el proceso penal.

*En el desarrollo de aquellas se tiene que la imputación fáctica y jurídica formulada por la Fiscalía en la audiencia establecida para tal efecto, precedida de la noticia criminal y el adelantamiento de las pesquisas correspondientes, se ubica en el ámbito de la **posibilidad** (si ocurre A, puede ocurrir B), entendida por regla general como una situación de incertidumbre propia de lo incipiente del diligenciamiento, momento en el cual se hace necesario ahondar en la búsqueda de diversos elementos materiales probatorios y evidencia en procura de constatar o infirmar la acreditación de la materialidad del delito y la responsabilidad del inculpatado.*

*Ya cuando se trata de la acusación, el grado de conocimiento es sustancialmente diverso, pues opera según el artículo 336 de la legislación procesal penal de 2004 en el terreno de la **“probabilidad de verdad”**, (siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B), motivo por el cual, como acto culminante de la investigación adelantada por la Fiscalía, cobra un especial carácter de inmutabilidad, salvo las expresas excepciones definidas por el legislador (v.g. La petición de absolución perentoria contenida en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004 o las aclaraciones, adiciones o correcciones a las que se refiere el artículo 339 de la misma normatividad), en cuanto se*

³ Radicado 32.868, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, providencia del 10 de marzo de 2010.

convierte en ley del proceso, a la vez que delimita el contexto dentro del cual habrá de librarse el debate oral...

(...)

Así las cosas, es claro que la imputación fáctica y jurídica de que trata la audiencia establecida inicialmente para su formulación, la cual corresponde según el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 a un “acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”, siempre que “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga”, no tiene la aptitud de constituirse en extremo objeto de constatación en punto del principio de congruencia entre acusación y fallo.”⁴

En concordancia con lo anterior, y en virtud del carácter progresivo del proceso penal, es un desacierto acudir a la audiencia de acusación, pretendiendo anular el proceso desde la imputación, so pretexto de falta de información para ejercer la defensa sobre aspectos que deben debatirse en el decurso del juicio oral.

Es más, si la defensa tiene alguna duda respecto a la acusación, es la audiencia de formulación de acusación el espacio previsto por la ley para que la defensa requiera las aclaraciones o adiciones que considere necesarias, en pro de la satisfacción de los requisitos formales que deben acompañar el escrito de acusación –art.337 del C.P.P.-; pero no para que, so pretexto de su ausencia, se busque retrotraer el trámite procesal a etapas anteriores, pues son aspectos que se pueden complementar para que quede debidamente delimitado el juicio, acorde con el contenido de los elementos materiales probatorios con los que cuenta la fiscalía y sin que nada se le oculte para que estructure su propia estrategia defensiva.

De allí, que ningún reparo merezca la decisión del juez de instancia ante la ausencia de irregularidades que hubiesen afectado los derechos fundamentales del imputado, pues resulta evidente que desde las audiencias preliminares se activaron y respetaron sus derechos al debido proceso y defensa, nótese que al verificar los audios de las audiencias correspondientes se evidenció que la fiscalía cumplió con los requisitos establecidos en la ley.

En esos términos, se confirmará la decisión apelada.

⁴ CSJ. Sala Penal. Radicado 30.043, del 4 de febrero de 2009

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, Sala Penal de Decisión,

RESUELVE,

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión emitida el 14 de abril de 2023, por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, de no decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación.

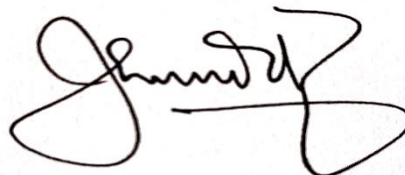
SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Devuélvase al juzgado de origen, no sin antes dejar copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO