ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS – NULIDAD DE LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN AL CONSIDERAR EL RECURRENTE QUE NO SE SEÑALARON LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: La falta de claridad en la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes esgrimidos por la Fiscalía, impide delimitar los aspectos probatorios y tiene la potencialidad de privar al procesado de su derecho a la defensa.

De conformidad con lo expuesto , los hechos jurídicamente relevantes son las circunstancias que se subsumen en el tipo penal imputado, los datos indicadores consisten en aquellas situaciones que rodearon la comisión del delito y que resultan trascendentes para explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cuanto a la comisión del crimen, pero que no se pueden enmarcar en el norma sustantiva penal y, finalmente, los medios de convencimiento se circunscriben a los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que permiten llegar a la conclusión de la inferencia razonable de autoría o participación. De lo anterior se colige el deber trascendental en cabeza del órgano acusador, en cuanto a que, como titular de la imputación, le corresponde precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo marco normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la conducta que se le endilga al procesado y los elementos estructurales del tipo penal, por ende, la falta de claridad en la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes esgrimidos por la Fiscalía, dice la Corte Suprema en la sentencia de 2017 referida, impide delimitar los aspectos probatorios y tiene la potencialidad de privar al procesado de su derecho a la defensa. En suma, si la labor de la Fiscalía no resulta adecuada, en particular en la etapa de acusación, pero incluyendo lógicamente el acto de la imputación, la delimitación del tema probatorio se verá gravemente afectada, sobre esto indica la Corte Suprema de Justicia que "Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS – EN LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN LA FISCALÍA SE LIMITÓ A LEER O A TRASCRIBIR EL CONTENIDO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS Y NO A DISTINGUIR, LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, LOS HECHOS INDICATIVOS Y LOS MEDIOS DE CONVENCIMIENTO: No obstante, no procede la nulidad pues se puede deducir, a partir de la exposición de la Fiscalía, que los hechos jurídicamente relevantes consistieron en el tocamiento, por parte del procesado, de las partes íntimas de la menor.

En primer lugar, esta Sala de Decisión advierte falencias en la forma en que se presentaron los hechos por parte de la Fiscalía, tanto en la imputación, como en la acusación, pues la delegada del ente acusador se limitó a leer en la audiencia de imputación y a plasmar en el escrito de acusación, la relación de los hechos contenidos en la denuncia, en los informes rendidos por los profesionales de la salud y en la versiones rendidas por la menor L.A.N.M., lo cual, como se explicó, no es acertado, toda vez que la Fiscalía tiene el deber imperioso de distinguir, incluso desde la imputación, los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicativos y los medios de convencimiento, no obstante, en el presente caso se circunscribió, como se advierte del desarrollo de la audiencia de imputación, así como del fundamento fáctico esgrimido en el escrito de acusación, a leer o a trascribir el contenido de los medios probatorios. No obstante, esta falencia no constituye por sí misma una nulidad, puesto que el delito de actos sexuales con menor catorce años, se trata de un hecho típico que puede consistir en tocamientos con ánimo sexual distintos al acceso carnal, sobre el cuerpo de la persona o en presencia de esta, o en la inducción a realizar prácticas de naturaleza sexual, por consiguiente, se puede deducir, a partir de la exposición de la Fiscalía, que los hechos jurídicamente relevantes consistieron en el tocamiento, por parte del procesado, de las partes íntimas de la menor, lo que ocurrió el 11 de noviembre de 2016, en el vehículo conducido por Francisco Morantes Valderrama; hechos estos que se subsumen en el tipo criminal establecido en el artículo 209 del Código Penal.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS – CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO: Es necesario que esta conducta delictiva, al ser de ejecución instantánea, se hubiese presentado en varias oportunidades. - De la lectura efectuada por la Fiscalía, es posible inferir que, adicional a los hechos, hubo hechos delictivos que ocurrieron en días diferentes. - Frente a los delitos que atentan contra la libertad y formación sexual de menores de edad, no es de recibo exigir la narración de los hechos con tal grado de precisión que no que se incluyan absolutamente todos los hechos indicativos, ya que estas conductas resultan altamente traumáticas.

Ahora bien, respecto de la imputación y acusación del delito en concurso homogéneo y sucesivo, se debe mencionar que, en efecto, para que exista concurso de delitos, es necesario que esta conducta delictiva, al ser de ejecución instantánea, se hubiese presentado en varias oportunidades; es de mencionar en este caso también se advierten falencias de naturaleza técnica por parte del ente acusador, pero que las mismas no dan a lugar a decretar la nulidad, según se pasa a explicar. Para sustentar la imputación del concurso, la Fiscalía, una vez leído el contenido de los medios de convicción, afirmó que tal y como lo aducía la víctima, los hechos ocurrieron en sendas ocasiones, llevándola a imputar y, posteriormente, a acusar al procesado de la comisión del tipo penal en concurso homogéneo y sucesivo. En efecto, este modo de endilgar la comisión de hechos no está revestida de la rigurosidad que debería, toda vez que el concurso acusado no quedó circunstanciado de manera correcta. No obstante, de la lectura efectuada por la Fiscalía, es posible inferir que, adicional a los hechos del 11 de noviembre de 2016, hubo hechos delictivos que ocurrieron en días diferentes. Revisada minuciosamente la imputación efectuada por la Fiscalía, en relación con el concurso de conductas, es menester rememorar el informe presentado por la psicóloga, cuyo contenido hizo parte de la acusación e imputación, y en el que se hace referencia a la ocurrencia de los acontecimientos punibles los días jueves y viernes, es decir el 10 y el 11 de noviembre de 2016, así pues, se tienen que la conducta endilgada se presentó, al menos en dos oportunidades, en el vehículo conducido por el acusado cuando la trasportaba de su lugar de estudio a casa, supuestos fácticos mínimos que impiden la declaración de la nulidad, según lo solicitado. Es menester agregar que frente a los delitos que atentan contra la libertad y formación sexual, particularmente si en ellos están involucrados menores de edad, no es de recibo exigir la narración de los hechos con tal grado de precisión que no que se incluyan absolutamente todos los hechos indicativos, ya que estas conductas resultan altamente traumáticas.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA ÚNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	152383104002201900299 01
PROCEDENCIA:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
DELITO	ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS
PROVIDENCIA	AUTO
DECISIÓN:	CONFIRMAR
PROCESADO:	FRANCISCO JOSÉ MORANTES VALDERRAMA
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, viernes, cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020) 10:17 a.m.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto proferido en audiencia de 22 de enero de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, mediante la cual se negó la solicitud de nulidad incoada por la Defensa.

1. ANTECEDENTES:

Iniciada la audiencia de acusación el 22 de enero de 2020, la defensa señaló que el numeral 2 del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, se refiere a que el dentro del escrito de acusación, se debe verificar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible, y dentro del escrito presentado, se hace referencia a una calificación jurídica en la que pone de presente una conducta realizada en concurso homogéneo y sucesivo, como se hizo en la audiencia de imputación, no obstante teniendo en cuenta que el delito imputado y acusado, es de carácter instantáneo, solicitó que se aclare en qué día y fechas se produjeron las circunstancias que dan lugar a decir que se trata de un concurso sucesivo, pues si no se vulneraría el derecho

de defensa porque no hay claridad del día y hora en que se presentaron las demás conductas punibles.

Indicó la defensa que en la audiencia de imputación la Fiscalía realizó una exposición de hechos jurídicamente relevantes, pero en la parte fáctica del escrito de acusación se presenta resumida, y se excluyeron aspectos que fueron objeto de imputación, por ejemplo, en la imputación se mencionó que el procesado hacía que la menor oliera un *"gel"* y que por eso perdía la conciencia y cuando se despertaba ocurrían los hechos; entonces se debe verificar que no se vulnere el principio de congruencia.

La Fiscalía manifestó que la víctima tiene ocho años de edad, y siempre ha dicho que el 11 de noviembre de 2016, agotada de los tocamientos íntimos decidió contar lo que había pasado, y en entrevistas y otras ocasiones aduce que ya se habían presentado los mismos hechos, tal y como lo señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a estas personas no se les puede exigir días y horas exactos, lo que es claro es que el último hecho sucedió el 11 de noviembre de 2016, y la víctima refiere que los otros hechos sucedieron con antelación a esa fecha, cuya ocurrencia no se puede concretar fecha y hora, por eso se endilga el delito en concurso, pues los hechos se representaron varias veces.

Frente al segundo punto en lo relacionado con el uso del *"gel",* aclara que el parágrafo segundo del escrito de acusación se refiere a ese hecho.

1.1. La nulidad solicitada:

En este momento de la audiencia, la Defensa solicitó la nulidad del proceso desde la audiencia de imputación, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1.1. Con fundamento en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, que se refiera a que es causal de nulidad la violación al derecho al debido proceso. En cuanto a la nulidad, la defensa acude al principio de taxatividad, teniendo en

cuenta que el artículo 458 *ibidem*, de la misma ley señala que las causas de nulidad son taxativas.

1.1.2. Que el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, dispone que el escrito de acusación debe tener una relación de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios pronunciamientos en los que ha deprecado que los hechos que se endilgan en un proceso deben ser absolutamente claros en lo atinente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar con el fin de proteger el derecho a la defensa.

1.1.3. En este caso se verifica que dentro de la actuación procesal, el 19 de septiembre de 2019 se realizó audiencia de formulación de imputación en contra de Francisco José Morantes, en el que la Fiscalía le imputó el delito del artículo 209 del Código Penal, que se refiere a actos sexuales abusivos agravado por el numeral segundo del artículo 211 en concurso homogéneo y sucesivo; allí el Acusador dejó claros las circunstancias de tiempo modo y lugar, centrándose en hechos de 11 de noviembre, en los que se pone de presente en el escrito de acusación que la menor llega al colegio alrededor de las 3:30 de la tarde, con el imputado y la niña se cambió rápido la ropa interior y que cuando la abuela pretende lavar esas prendas presentan rastros de sangre, por lo que se le pregunta a la menor, momento en el que la niña aduce que el conductor del bus del colegio le había tocado sus partes intimas, situación que se había presentado en varias ocasiones.

1.1.4. El 18 de octubre de 2019, cuando la Fiscalía radicó el escrito de acusación, plasmó los hechos antes referidos, y en ese escrito se endilga el delito en concurso homogéneo y sucesivo, y es que es importante para la defensa que se indique desde ya las fechas en que se pudieron haber presentado esas conductas a las que la Fiscalía se refiere como *"en varias oportunidades",* surgiendo para la defensa una serie de dudas, esto es si en esas ocasiones anteriores se presentó la misma conducta punible en las mismas circunstancias, o si fueron otras conductas, lo que se sabe en este momento de la diligencia.

1.1.5. Por otra parte, señala que la Fiscalía hizo una adición al escrito de acusación en esa audiencia, lo que aún no se le ha entregado, pero eleva la solicitud de nulidad inmediatamente, para que no se convalide lo actuado.

1.1.6. Que hay nulidad porque se expone un solo acto, pero se imputa y se acusa concurso, es que la defensa tiene derecho a que se le indique cómo y cuándo ocurrieron las otras conductas, pues de lo contrario se vulneraría el derecho de defensa, pues en el juicio se traerían hechos nuevos que no fueron objeto de la correspondiente acusación, y no podría preparar las audiencias futuras al no tener clara la acusación.

1.1.7. Que toda la investigación se limitó a un solo acto, porque aquellos que dan lugar al concurso homogéneo y sucesivo, son desconocidos; si bien no se puede obligar a la menor a que recuerde con exactitud los hechos, no se puede pretender que una persona se defienda de algo que ni en la acusación se le ha expuesto, es decir que hay que ponderar derechos, lo que implica que tampoco se puede vulnerar los derechos del procesado, se debe pensar que en juicio ya no se podrán traer nuevos elementos de prueba.

1.1.8. También anota que sería muy complicado emitir una sentencia condenatoria por hechos que no fueron expuestos en la acusación, ya que en estos momentos ya la Fiscalía debe tener los elementos necesarios que respalden la acusación, es que el artículo 337 de la norma procesal le exige al Acusador que realice un relato claro de los hechos jurídicamente relevantes; entonces no es de recibo limitarse a aseverar simplemente que la conducta ocurrió en varios momentos, ni siquiera se precisa el lugar, siendo procedente decretar la nulidad.

1.1.9. Ahora, se aduce que la menor no refiere esos otros hechos, que no ha sido clara, pues es que si no se tiene claridad sobre los hechos no se puede acusar por ellos, sino solo por el hecho sobre el cual tiene conocimiento.

1.1.10. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado, en sentencia 2042 de julio de 2019 la importancia del escrito de acusación para efectos de proteger el derecho a la defensa, allí la Corte la ha

señalado que los hechos en imputación y acusación deben ser claros concisos, por el principio de congruencia, el que se debe hacer desde la imputación hasta la sentencia, por lo que los hechos relevantes deben quedar claros.

Expuestos los anteriores argumentos, consideró que era del caso decretar la nulidad de lo actuado, incluso desde la audiencia de imputación, pues desde ese momento no se indicaron las circunstancias que rodean la comisión del delito.

2.1. Traslados:

2.1.1. La Fiscalía:

Señaló que esta defensora siempre solicita la nulidad por lo mismo, incluso y se refiere a otro proceso en el que se debatió la congruencia entre imputación y acusación, entre otros, y en esta oportunidad ocurre lo mismo.

En este caso desde el comienzo se ha enrostrado el concurso de conductas punibles, y la menor es clara al referir que esto hechos siempre ocurrían en la buseta del colegio, que era el único sitio y contacto que tenía con el procesado, y esto se ha sostenido, y la menor ya cansada de eso, ante la última vez que ocurrió, esto es el 11 de noviembre de 2016, es cuando decide alertar a su familiar.

Insiste en que la Corte siempre ha sostenido que a una menor en estas circunstancias que no se le puede exigir que establezcan datos precisos, y no se está sorprendiendo a la defensa, pues siempre se aducido que los tocamientos han ocurrido en varias oportunidades.

2.1.2. Apoderada de Víctimas:

Afirma que no se vulnera el derecho a la defensa, pues las circunstancias de tiempo modo y lugar están contenidas en el escrito de acusación, y el último episodio ocurrió el 11 de noviembre de 2016, cuando llega en el bus escolar, y

describe la situación fáctica de ese día y agrega que se repitió en aviso oportunidades, y ese el núcleo, además el lugar siempre fue en el bus escolar, en cuanto al tiempo, el último episodio es el 11 de noviembre de 2016. Es que no se le puede exigir a una menor de esa edad exponer con la precisión todas las veces que esos hechos ocurrieron.

No se presentan las circunstancias contenidas en la sentencia de la Corte que cita la defensora.

2.1.3. Ministerio Público:

No se le puede exigir a una menor que determine con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues la última refiere que ocurrió el 11 de noviembre, pero que antes habían ocurrido en sendas oportunidades. Además, no se está sorprendiendo a la defensa, y será en el juicio que se decidirá que conducta y en qué forma se cometió.

2.1. El Auto Recurrido:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, negó a la solicitud de nulidad aduciendo que la defensa centra su petición en que se atribuyó la comisión de un delito en concurso homogéneo y sucesivo, sin aclarar las circunstancias en que estos hechos ocurrieron.

Previo a resolver, señaló que la defensa hizo dos solicitudes de aclaración y la Fiscalía explicó que no era posible pedir a la menor por su edad *mayores detalles*, y hasta ese momento la defensora adujo no tener la intención de solicitar nulidad, pero el juzgado le recordó que esa era la oportunidad, y en ese momento elevó la petición.

Según el escrito de acusación, al imputado se le endilgó el delito de actos sexuales con menor catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, la defensa considera que la Fiscalía no es clara en establecer las circunstancias del concurso; el delito imputado es instantáneo y que las demás conductas son autónomas entre sí, ciertamente se deben establecer las

circunstancias en que ocurrieron, pero en este caso, se observaba que esa imputación jurídica emerge del testimonio de la menor quien manifestó que además del 11 de noviembre de 2016, ya se había presentado la conducta, con respecto a estos puntos sin que se haya presentado escrito de acusación formalmente.

Frente a lo fundamentado, el juzgado observó que efectivamente está establecido el lugar, que es Duitama, el modo y circunstancias es la en la ruta escolar y el cuándo no hay precisión, pero sobre este punto se debe tener en cuenta que la menor tiene ocho años, y en razón a ello era imposible determinar el momento en que ocurrieron esas conductas, entonces, se considera que el hecho de haberle endilgado el delito en concurso homogéneo y sucesivo, no vulnera el derecho de defensa del imputado, pues la acusación se funda en el testimonio de la menor, lo cual se va a aclarar en el juicio oral, y será objeto de prueba en ese momento procesal, y allá se determinará la responsabilidad del procesado en cuanto al concurso de conductas, y si no lo prueban allí se declarará lo pertinente, pero lo alegado por la defensora no da lugar a declarar nulidad mucho menos desde la imputación.

Los hechos de la imputación son iguales a los de la acusación, y tienen los mismos fundamento, así, se considera que no hay ninguna sorpresa que afecte a la defensa, sin poder exigir aclaración diferente, y en caso de no probarse el concurso, pues el despacho adoptará la decisión a que haya lugar.

Además, esa actuación consistió desde la audiencia de imputación y tan solo hasta momento es que aduce que hay nulidad desde aquel momento, eso no es relevante porque lo importante deviene del testimonio de la menor que aclara las circunstancias que rodearon la comisión del delito, quedando únicamente pendiente el momento, lo que se aclarará en el juicio oral; y no es cierto que se le causará un perjuicio mayor al imputado porque en la práctica judicial se ha visto que cuando se endilga este tipo de concurso lo que incrementa la pena no es tanto, entonces no es tan grave como lo pretende la defensa.

Colofón, se considera que la Fiscalía en lo atinente a lo fáctico es clara en la descripción de los hechos y las circunstancias en qué se dieron cumpliendo a cabalidad con el numeral segundo del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, concluyéndose que no hay nulidad alguna por afectar el derecho a la defensa.

2.2. Recurso de apelación:

Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de apelación por parte de la defensa, argumentando que el relato fáctico se hace referencia al día 11 de noviembre de 2019, y es que ese recuento que realiza la Fiscalía vulnera el derecho de defensa, y también afecta de nulidad la imputación, pues hasta este momento se desconocen las circunstancias de tiempo modo lugar en que se presentaron las conductas que fueron imputadas y que están en el escrito de acusación para considerar que el delito se cometió en varias oportunidades, lo que generó la imputación del concurso, y es que cuando se trata de una imputación en concurso es obligatorio indicar el momento y el lugar de comisión, y no se puede aceptar que las circunstancias de comisión del delito queden supeditadas a lo que la menor predique en el juicio, porque para ese momento ya se le habría vulnerado el derecho, e insiste en que se debe verificar la sentencia de la Corte, en la que se resalta la importancia de que queden claros lo hechos jurídicamente relevantes, y no se puede pretender que el procesado conozca de lo que se le acusa en el trámite del juicio oral, y en ese momento ya no puede recolectar pruebas, y es que ¿qué pasaría, por ejemplo, si en juicio la menor aduce que los hechos no ocurrieron en la ruta escolar, sino en otro sitio?, no tendría la oportunidad para recolectar elementos de prueba sobre ese nuevo aspecto.

Para la Corte Suprema en el sustento fáctico se deben establecer los hechos jurídicamente relevantes, pues de allí se podrá investigar si la conducta ocurrió, si el procesado hizo presencia en el lugar de los hechos, y demás aspectos, tampoco se puede asumir que las acciones que dieron lugar al concurso ocurrieron en las mismas condiciones que la del 11 de noviembre de 2016, porque sería decir que los otros días ocurre también le tocaron las partes íntimas, son hechos delimitados genéricamente y de ahí se deriva lo el artículo 448, que ha sido analizado por la Corte, se refiere a que el acusado no

podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, entonces no es posible condenar a alguien por un hecho que no fue redactado claro y sucinto como lo exige el artículo 337, numeral 2, de la Ley 906 en la acusación.

En estos casos, la Corte Suprema de Justicia ha venido declarando la nulidad desde la imputación en los casos en que no diferencien los hechos jurídicamente relevantes de otro tipo de hechos; además, en la acusación la carga es mayor pues ya debe haber probabilidad de verdad, de lo contrario implicaría que después de la entrevista a la menor, ya estando en el juicio, y los hechos se presenten diferentes, se tendría que aceptar que la sentencia se profiera por un hecho que no estuvo en la acusación, lo que está prohibido.

También se encuentra incongruencia entre la imputación y la acusación, respecto del asunto del uso de un gel en la comisión de la conducta, se señala que en el parágrafo segundo se hizo referencia a ello, pero en realidad allí solo se enunció el hecho, en la imputación las alegaciones se hicieron diferentes, en esa oportunidad se explicó que la menor olía el gel y perdía la conciencia y que el día de los hechos se hizo la dormida, pues eso será objeto de verificación y eso es lo que no se le está permitiendo a la defensa tal y como está la acusación.

Tampoco está de acuerdo con la afirmación en cuanto a que a la Fiscalía le queda imposible determinar la fecha, pues se trata de una investigación de 2016, y si hay hechos nuevos en la investigación, pues lo que procede es la adición, pero no se puede indicar el día de la audiencia de acusación, después de cuatro años, nuevos hechos, es que el límite probatorio de la Fiscalía es la acusación, porque el artículo 375 exige la exposición de los hechos jurídicamente relevantes, eso indica la Corte, porque son estos hechos lo que determinan la pertinencia de las pruebas, debiéndose delimitar en la acusación.

Al no indicarse los hechos jurídicamente relevantes respecto del concurso de delitos en la acusación, no es posible recaudar pruebas para defenderse de las mismas, es por esta razón es que se han declarado tantas nulidades en la

Corte, y es que la conducta al imputarse en concurso, hace peor la situación del procesado, pues si se debe tener en cuenta la gravedad al momento de dosificar la pena, y es que en este caso se desconoce todo lo atinente al concurso.

Además, falta a la verdad la Fiscalía al aseverar que la defensa siempre incurre en las mismas acciones, pues cada caso es diferente, y en esta oportunidad no ha podido realizar ninguna actuación investigativa frente al concurso porque desconoce los hechos.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. LO QUE SE DEBE RESOLVER:

La alzada se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar la nulidad a partir de la audiencia de imputación llevada a cabo el 19 de septiembre de 2019 dentro del presente proceso penal.

3.2. CONSIDERACIONES:

Sobre la nulidad, entendida como una institución que permite salvaguardar derechos de las partes ante trasgresiones a derechos fundamentales en marco de procesos penales, la Corte Suprema de Justicia ha clarificado que la alegación de nulidad debe ajustarse a los principios concurrentes de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, residualidad y transcendencia[1]; principios que, por su carácter concurrencial, al faltar uno se genera el rechazo de la petición.

La declaración de una nulidad está atada a la comprobación de yerros de garantía o de estructura insuperables que hagan que las actuaciones posteriores pierdan toda solidez formal y material, correspondiéndole a quien la solicita expresar, en virtud del principio de taxatividad, cuál es la irregularidad sustancial que afecta la actuación, y establecer la forma en que ella rompe la estructura del proceso o transgrede las garantías de los

[1] Ver, entre otros, C.S.J. Auto de 9 marzo de 2011, rad. 32.370 y Auto de 30 de noviembre de 2011, rad. 37.298.

intervinientes, igualmente, debe exponer la fase en que se produjo[2].

Avizorando que la nulidad que predica la defensa, en su criterio, se materializó desde la audiencia de imputación; es menester resaltar que los artículos 286 y 287 del Código de Procedimiento Penal prevén que la Fiscalía es la responsable de adelantar el acto de imputar cuando de los elementos materiales probatorios recaudados se pueda inferir de manera razonable que el encartado es autor o participe del delito investigado; en vista de tal finalidad, la imputación debe contener los hechos jurídicamente relevantes que le permitieron a la Fiscalía arribar a la inferencia razonable, y estos deben exponerse de manera clara y sucinta, como lo obliga el numeral segundo del artículo 288 *ibídem*, lo que se constituye como un elemento formal de la imputación, requisito que también es requerido en lo que atañe al escrito de acusación, pues el numeral segundo del artículo 337 de la norma procesal penal dispone que el escrito de acusación deberá contener "*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes …*".

Por supuesto, la Fiscalía es la titular de la imputación, actuación que busca el enteramiento por parte del procesado de los hechos por los cuales se lo investiga, entendiéndose este como un acto de mera comunicación que no está sometido al control material de los jueces, lo que no es óbice para que estos operadores judiciales velen para establecer se satisfagan los requisitos formales del acto en comento, como lo es la demarcación de los hechos jurídicamente relevantes, según se indicó.

Sobre lo anterior, ha expresado el órgano de cierre en materia penal, que:

> "*Si bien es cierto el juez no puede ejercer el control material de la imputación, (…), sí tiene la obligación de dirigir la audiencia, lo que implica: (i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004; (ii) evitar que el fiscal realice el "juicio de imputación" en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia; (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (v) ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones injustificadas; y (vi) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley.*" (CSJ SP2042-2019, radicado 51007)

[2] C.S.J., Sala Penal. Auto de 26 de junio de 2019. AP2512-2019.

Entonces, la Fiscalía, como el juez del proceso, deben propender por asegurar la debida inclusión de los hechos jurídicamente relevantes como requisito formal de la imputación y acusación, huelga mencionar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas decisiones, ha conceptualizado y explicado la diferencia entre los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de prueba, por cuanto es común atisbar, en el desarrollo de la práctica judicial, la confusión de estos términos.

En la sentencia No. SP3168-2017 del 8 de marzo del mismo año, se aseveró que los hechos jurídicamente relevantes son "*los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales*." y, a continuación, trajo a colación un ejemplo con el fin de aclarar los matices conceptuales de cada figura, aduciendo que los hechos jurídicamente relevantes, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, pueden ser que el imputado fue quien le disparó a la víctima, mientras que los hechos indicadores, hipotéticamente, podrían consistir en que el procesado corrió del sitio después de haberse producido los disparos, que este había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior a los hechos y que dos días después del homicidio, el arma con la que se produjo la muerte fue hallada en poder del detenido, entre otros; por último, añadió que los medios de prueba, en este ejemplo concreto, podrían ser que un testigo observó al involucrado cuando corrió de la escena criminal, un perito conceptuó que el arma hallada en poder del imputado fue la misma que se usó para la comisión del punible, etc.

De conformidad con lo expuesto , los hechos jurídicamente relevantes son las circunstancias que se subsumen en el tipo penal imputado, los datos indicadores consisten en aquellas situaciones que rodearon la comisión del delito y que resultan trascendentes para explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cuanto a la comisión del crimen, pero que no se pueden enmarcar en el norma sustantiva penal y, finalmente, los medios de convencimiento se circunscriben a los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que permiten llegar a la conclusión de la inferencia razonable de autoría o participación.

De lo anterior se colige el deber trascendental en cabeza del órgano acusador, en cuanto a que, como titular de la imputación, le corresponde precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo marco normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la conducta que se le endilga al procesado y los elementos estructurales del tipo penal, por ende, la falta de claridad en la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes esgrimidos por la Fiscalía, dice la Corte Suprema en la sentencia de 2017 referida, impide delimitar los aspectos probatorios y tiene la potencialidad de privar al procesado de su derecho a la defensa.

En suma, si la labor de la Fiscalía no resulta adecuada, en particular en la etapa de acusación, pero incluyendo lógicamente el acto de la imputación, la delimitación del tema probatorio se verá gravemente afectada, sobre esto indica la Corte Suprema de Justicia que "*Sin mayor esfuerzo puede advertirse que si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio*".[3]

Ahora, en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es desatinado que la Fiscalía General del Nación, al momento de imputar, se limite a efectuar un relato de la noticia criminal o de los informes suscritos por la policía judicial o de las autoridades de tránsito, siendo ineludible que dentro del componente fáctico se delimite la connotación delictuosa de la conducta, porque, se itera, la simple mención al suceso, a los hechos indicadores o a los medios de prueba, no es suficiente para el derecho penal[4].

Descendiendo al proceso de la referencia, la defensa solicita que se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, inclusive, y finca su petición en que los hechos jurídicamente relevantes deben redactarse en un lenguaje comprensible y suficiente; y que, en la imputación y al radicar el

[3] C.S.J. SP. Sentencia de 8 de marzo de 2017. No. SP3168-2017.
[4] C.S.J. SP. Sentencia de 17 de septiembre de 2019. No. SP34045-2019. MP. Eyder Patiño Cabrera

escrito de acusación, la Fiscalía le endilgó al procesado el delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, sin embargo, frente a la justificación del concurso, no expuso los hechos jurídicamente relevantes, sino que se limitó a afirmar que la conducta atribuida a Francisco Morantes Valderrama, ocurrida el 11 de noviembre de 2016, había ocurrido en varias ocasiones.

Al estudiar la audiencia de imputación, se observa que la Fiscalía indicó que la investigación que involucra a Francisco Morantes Valderrama, inició con base en la denuncia interpuesta por la abuela de la menor víctima de ocho años de edad e, inmediatamente, procedió a leer lo que había manifestado la pariente de la menor; quien afirmó que el 11 de noviembre de 2016, la víctima llegó a la casa en la tarde y se cambió de ropa rápidamente, poniendo su ropa sucia en el lavadero, momento en el que la denunciante notó una mancha de sangre en la ropa interior, y ante la insistencia, la niña finalmente le informó que el señor contratado para trasportarla al colegio, la tocaba a ella y a una compañera, quienes eran las últimas en bajarse del vehículo.

Luego, se refirió al examen sexológico y expuso los hechos de la anamnesis en él contenida, coincidiendo en que el 11 de noviembre de 2016, el procesado, bajó los pantalones de la menor, y usando sus dedos, tocó sus partes íntimas; también mencionó que el examen sexológico en comento, daba cuenta de escoriaciones en la vagina de la menor.

A partir del concepto de la psicóloga, aseveró la Fiscalía, que el viernes 11 de noviembre de 2016, la menor iba sola en el vehículo del procesado, y este se atrevió a tocarle sus genitales, quien, además, le hacía oler una especie de gel que ocasionaba que ella se durmiera y cuando se despertaba ya estaba en su casa, pero que ese día se dio cuenta de los hechos porque el conductor frenó el vehículo y se posó sobre ella, y que la tocó dos días, el jueves y el viernes.

Igualmente, citó la historia clínica de la menor, en la que consta la afectación psicológica ocasionada por la conducta delictual.

Por consiguiente, procedió a imputarle a Francisco Morantes Valderrama, en

calidad de autor, el delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, agravado por el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo.

Por su parte, en los fundamentos fácticos relacionados en el escrito de acusación, se lee "*La presente investigación inició por denuncia presentada por la señora Luz Aurora Niño, en su condición de abuela de la menor L.A.N.M. de 8 años de edad, quien refiere (…) Al tomar la versión de la menor de los hechos, esta de forma repetitiva, clara y precisa sostuvo ante los diferentes profesionales de la salud que atendieron el caso, (…) que el día 11 de noviembre de 2016 en horas de la tarde, se subió a la ruta, y al quedarse sola, el conductor de nombre Francisco paró la buseta, le tocó la vagina, tenía sudadera y le metió la mano por dentro del pantalón, la pantaloneta y los cucos, le metió los dedos sucios en la vagina y le rozó duro, hechos que han ocurrido en otras oportunidades, aduce que la hacía oler un gel para que se quedara dormida*".

En primer lugar, esta Sala de Decisión advierte falencias en la forma en que se presentaron los hechos por parte de la Fiscalía, tanto en la imputación, como en la acusación, pues la delega del ente acusador se limitó a leer en la audiencia de imputación y a plasmar en el escrito de acusación, la relación de los hechos contenidos en la denuncia, en los informes rendidos por los profesionales de la salud y en la versiones rendidas por la menor L.A.N.M., lo cual, como se explicó, no es acertado, toda vez que la Fiscalía tiene el deber imperioso de distinguir, incluso desde la imputación, los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicativos y los medios de convencimiento, no obstante, en el presente caso se circunscribió, como se advierte del desarrollo de la audiencia de imputación, así como del fundamento fáctico esgrimido en el escrito de acusación, a leer o a trascribir el contenido de los medios probatorios.

No obstante, esta falencia no constituye por sí misma una nulidad, puesto que el delito de actos sexuales con menor catorce años, se trata de un hecho típico

que puede consistir en tocamientos con ánimo sexual distintos al acceso carnal, sobre el cuerpo de la persona o en presencia de esta, o en la inducción a realizar prácticas de naturaleza sexual, por consiguiente, se puede deducir, a partir de la exposición de la Fiscalía, que los hechos jurídicamente relevantes consistieron en el tocamiento, por parte del procesado, de las partes íntimas de la menor, lo que ocurrió el 11 de noviembre de 2016, en el vehículo conducido por Francisco Morantes Valderrama; hechos estos que se subsumen en el tipo criminal establecido en el artículo 209 del Código Penal.

Ahora bien, respecto de la imputación y acusación del delito en concurso homogéneo y sucesivo, se debe mencionar que, en efecto, para que exista concurso de delitos, es necesario que esta conducta delictiva, al ser de ejecución instantánea, se hubiese presentado en varias oportunidades; es de mencionar en este caso también se advierten falencias de naturaleza técnica por parte del ente acusador, pero que las mismas no dan a lugar a decretar la nulidad, según se pasa a explicar.

Para sustentar la imputación del concurso, la Fiscalía, una vez leído el contenido de los medios de convicción, afirmó que tal y como lo aducía la víctima, los hechos ocurrieron en sendas ocasiones, llevándola a imputar y, posteriormente, a acusar al procesado de la comisión del tipo penal en concurso homogéneo y sucesivo.

En efecto, este modo de endilgar la comisión de hechos no está revestida de la rigurosidad que debería, toda vez que el concurso acusado no quedó circunstanciado de manera correcta. No obstante, de la lectura efectuada por la Fiscalía, es posible inferir que, adicional a los hechos del 11 de noviembre de 2016, hubo hechos delictivos que ocurrieron en días diferentes.

Revisada minuciosamente la imputación efectuada por la Fiscalía, en relación con el concurso de conductas, es menester rememorar el informe presentado por la psicóloga, cuyo contenido hizo parte de la acusación e imputación, y en el que se hace referencia a la ocurrencia de los acontecimientos punibles los días jueves y viernes, es decir el 10 y el 11 de noviembre de 2016, así pues, se tienen que la conducta endilgada se presentó, al menos en dos

oportunidades, en el vehículo conducido por el acusado cuando la trasportaba de su lugar de estudio a casa, supuestos fácticos mínimos que impiden la declaración de la nulidad, según lo solicitado.

Es menester agregar que frente a los delitos que atentan contra la libertad y formación sexual, particularmente si en ellos están involucrados menores de edad, no es de recibo exigir la narración de los hechos con tal grado de precisión que no que se incluyan absolutamente todos los hechos indicativos, ya que estas conductas resultan altamente traumáticas.

En consecuencia, se confirmará el auto proferido el 22 de enero de 2020 por el juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, mediante el cual se negó la solicitud de nulidad.

4. En mérito de la expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

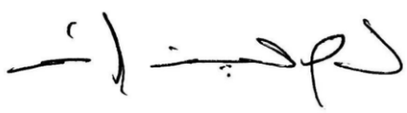
R E S U E L V E :

4.1. Confirmar el auto proferido el 22 de enero de 2020 por el juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, mediante el cual se negó la solicitud de nulidad.

4.2. Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para los fines pertinentes.

4.3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada
Con ausencia justificada

Se concluye esta diligencia alas 11:06 a.m. Se autoriza el levantamiento de la respectiva acta

3843-200035-152383104002201900299 01