

TEMA: PROCEDENCIA DE LA NULIDAD PROCESAL-El análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para la procedencia de una nulidad procesal, especialmente bajo los principios de taxatividad, trascendencia, convalidación e instrumentalidad de las formas, conforme a la Ley 906 de 2004./

HECHOS: Durante el año 2018, en Medellín, HIM, padrastro de la menor víctima, realizó tocamientos libidinosos en tres ocasiones. Los hechos fueron presenciados por el hermano de la víctima. La denuncia fue presentada por la madre de los menores. La Juez Cuarta Penal del Circuito de Medellín, tras valorar las pruebas presentadas en juicio, emitió sentencia condenatoria contra HIM por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, conforme a los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal. El defensor solicitó la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria, alegando que el fiscal cometió un error al presentar pruebas de otro caso. La juez corrigió el error permitiendo una nueva solicitud de pruebas, lo que, según la defensa, vulneró el principio de imparcialidad y la preclusión procesal. Por tanto, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente: ¿Debe decretarse la nulidad de la actuación procesal a partir de la audiencia preparatoria, debido a un error cometido por la Fiscalía al solicitar pruebas que no correspondían al caso, y que fueron inicialmente decretadas por la juez, quien luego corrigió el error permitiendo una nueva solicitud de pruebas?

TESIS: (...) En tema de nulidad, valga reiterar como lo ha hecho esta misma Sala en oportunidades anteriores, que si bien es cierto que la Ley 906 de 2004 no consagró normas que indicaran expresamente los principios que rigen las nulidades como sí se hizo en la Ley 600 de 2000, se ha entendido por la jurisprudencia que los mismos hacen parte de los principios generales del debido proceso, razón por la cual se impone su aplicación.(...) En CSJ AP rad. 26.359 de 06-06-07, se dijo por la alta Corporación Judicial: “En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema penal acusatorio, la Sala en decisión del 4 de abril de 2006, radicado No 24187, definió que, si bien es cierto que la nueva normatividad procesal penal no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000, no implica que hayan desaparecido por ser inherentes a ellas.(...) En consecuencia, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora”. Especialmente, con respecto al principio de trascendencia, expresó la Corte en auto con Radicación 30.123 de 16-12-08: “Esta omisión está relacionada con el principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, de conformidad con el cual no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que implica demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, razón por la cual el actor debe acreditar el perjuicio que el yerro in procedendo ocasiona (...)” Igualmente, el de “residualidad”, por medio del cual si no hay otro remedio para superar la irregularidad, se decreta nulidad, y en todo caso se acude a la solución menos traumática, pues la nulidad es el remedio extremo.(...) La declaratoria de nulidad es sin lugar a dudas una medida de excepcional carácter, de mayúscula trascendencia en el proceso judicial, teniendo en cuenta que la anulación es el mayor castigo a la actuación, tanto que obliga a rehacerla(...)Por lo demás, cuando se detecten irregularidades nimias (porque no se libró una comunicación, porque no se surtió una notificación), no obstante advertir –concluir- que el interviniente conoce la decisión, la imputación, la existencia del proceso y la trascendencia del debate así como sus derechos como sujeto procesal, el principio que en términos generales orienta el adelantamiento del trámite es el de convalidación (la rectificación del yerro) en la medida que hacer las correcciones a la ritualidad –con respecto de las garantías de parte- propicia el buen desarrollo de los procesos las intervenciones judiciales, la eficacia y la eficiencia de la Administración de Justicia”.(...) Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad. Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal, de si es histórica o es discursiva, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004).(...) El derecho a probar se entiende hoy

como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados, que intervienen en un proceso judicial, de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener un pronunciamiento judicial acerca de su eficacia para la reconstrucción de tales hechos en la sentencia definitiva. (...) En el sub lite, es claro que se presentó un error de procedimiento que implica retrotraer toda la actuación. Ciertamente es que el delegado Fiscal se equivocó y enunció pruebas que no corresponden a los hechos por los cuales acusó, lo que permitió el decreto de pruebas ajenas a la actuación, todo lo cual genera un desequilibrio en el debate oral y un quebrantamiento a los derechos de la víctima que, por demás es un menor de edad. Es evidente que los medios probatorios decretados no tienen vocación probatoria, ni para la obtención de la verdad procesal (Art. 5° CPP), ni para fundamentar una resolución judicial.(...) En el caso examinado es ostensible que las solicitudes probatorias elevadas por el ente Fiscal no corresponden a la investigación adelantada en contra del inculcado, así entonces, quedaría el ente Fiscal sin posibilidad de demostrar su hipótesis fáctica. En este sistema a las partes le corresponde demostrar los supuestos de sus pretensiones. (...) La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe, con una actividad probatoria de cargo, desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda, lo que exige rehacer la actuación con el propósito de incorporar el material que recaudo el ente acusador, siempre y cuando cumpla con las disposiciones de la Ley 906 de 2004. Dígase que, con ello no se está parcializando la actuación, como lo entiende el censor, la Fiscalía General de la Nación está en el deber de ejercer la carga de la prueba dentro de los parámetros constitucionales y legales.(...) Tampoco puede afirmarse que se trasgrede al derecho a la defensa del enjuiciado, pues este dentro del decurso procesal no solo tiene esa garantía insoslayable de “solicitar, conocer y controvertir las pruebas” conforme al literal j) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, sino que además cuenta, si a bien lo tiene, de “(...) intervenir en su formación” acorde al artículo 15 de la misma disposición.(...) Así pues, se cumple con los presupuestos sustanciales ya explicados con entidad suficiente para ordenar la nulidad del trámite procesal. Se tiene, entonces: (i) que se deben hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal (Art. 44 C. Pol.); (ii) que solo en apariencia se decretaron pruebas para esclarecer la verdad en los hechos donde es víctima un menor de edad; (iii) que de acogerse la tesis de la defensa, no se podrá establecer la verdad de los hechos, con objetividad (Art. 5 CPP); (iv) que fue en la misma audiencia preparatoria donde la fiscalía se percató del error sobre la confusión de carpetas, y no se observa mala fe, dolo o colusión; (v) no se vulneran los derechos del procesado en la medida que también podrá pedir prueba para oponerse a las pruebas de la fiscalía; (vi) la única forma de restablecer los derechos de las partes involucrada es a través de la nulidad».(...) Así entonces, se debe colegir que el juzgador de instancia actuó correctamente al disponer los correctivos legales.(...) En el proceso penal deben cumplirse los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé; pues, la prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA) y la aplicación del principio pro infans, no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio.(...) La aplicación de ese interés superior del menor como marco hermenéutico para aclarar eventuales conflictos entre los derechos y los deberes de proteger a los menores de edad no puede conllevar, en el campo procesal penal, el desconocimiento del derecho al debido proceso y a un juicio justo de los indiciados, imputados o procesados(...). Ahora bien, la prevalencia de los derechos de los NNA en el proceso penal no puede destruir los derechos del procesado, lo cual no aconteció en el sub lite.(...) no puede haber nulidad de los actos de parte, salvo cuando tengan contenido eminentemente jurisdiccional, y este no es el caso.(...) No hay lugar al decreto de nulidad como la pretende el censor. Se ha de confirmar en consecuencia la sentencia de condena.

MP: NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 09/05/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE
MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, Antioquia, mayo nueve (09) de dos mil veinticinco (2025)

Proceso	Ordinario
Radicado	05 001 60 00207 2018 00743
Imputado	Henry Ibargüen Mena
Víctima	Menor LCPM, con trece (13) años de edad al momento de los hechos
Denunciante	Martha Lucía Medrano Gómez, madre de la víctima
Fecha y lugar de los hechos	Durante el año 2018 Inmueble ubicado en la calle 57 N° 17-B-132 interior 1230, barrio Tres Esquinas, Encisco, Medellín, Antioquia
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años agravado (Art. 209 y 211 numeral 5° del C.P.)
Juzgado a quo	Cuarto (4°) Penal del Circuito de Medellín, Antioquia
Providencia	SAP-S-2025-06
Aprobado por Acta	N°08 de 8 Mayo de 2025
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia condenatoria
Audiencia de exposición	Viernes, 9 de mayo de 2025; Hora: 1:30 pm
Decisión	No se decreta nulidad solicitada. Se confirma sentencia de condena.
Sustanciador/ponente:	NELSON SARAY BOTERO

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el trámite adelantado en contra del ciudadano HENRY IBARGÜEN MENA, acusado por el delito de *Actos sexuales con menor* de 14 años agravado (Art. 209 y 211 numeral 5° del C.P.).

2. DERECHOS A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS

Como medida de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas de delitos, y en especial de delitos sexuales, se suprime de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, por cualquier medio, el nombre de la víctima¹.

Para efectos de la redacción de esta providencia se utilizará las iniciales del nombre de la víctima².

3. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

¹ En CSJ SP, 13 febrero 2008, rad. 28.742, se expresó: «La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)». Así mismo, en CSJ AP, 24 marzo 2010, rad. 33.433, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)».

Reiterado en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685; CSJ AP, 7 abril 2011, rad. 35.179.

² Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003.

Es el ciudadano HENRY IBARGÜEN MENA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 11'812.268 de Quibdó, Chocó; nacido el 17 octubre de 1981; hijo de ROSA LINA y LUIS HERNÁN; sin más datos.

4. HECHOS OBJETO DE ACUSACIÓN

Los hechos se concretan en el escrito de acusación de la siguiente manera:

«Se inicia investigación que presentara el señor JORGE ALBERTO BUILES LUNA, comisario de familia ocho de Medellín, quien reporta el presunto abuso sexual de los menores LICETH CRISTINA PEREA MEDRANO y LEIVINSON PALACIOS MEDRANO por parte de su padrastro el señor HENRY IBARGUEN MENA. Realizadas las correspondientes entrevistas de parte de los investigadores del CTI, se logra establecer como durante el año 2018 al interior del inmueble ubicado en la calle 57 N°17B-132 Int. 1230 barrio tres esquinas enciso de la ciudad de Medellín, lugar donde residían los mencionados menores en compañía de su señora madre MARTHA LUCIA MEDRANO GÓMEZ y su padrastro el señor HENRY IBARGUEN MENA, este último le realizó tocamientos libidinosos en tres oportunidades por encima de la

ropa a la menor LCPM, en su nalga, sus senos y la vagina, situaciones que según el relato del menor LPM, hermano de la primera, fueron percibidas de manera directa por él».

5. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 22 de mayo de 2019, ante el juez 22° penal municipal con funciones de control de garantías de Medellín, Antioquia, se formula imputación a HENRY IBARGÜEN MENA por el delito tipo de *Actos sexuales con menor de catorce años, agravado* (Arts. 209, 211 num. 5°, C.P.). El procesado no se allana a los cargos. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

El 9 de septiembre de 2019, ante la juez 4° penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, se formuló acusación por el mismo delito que se imputó.

El 23 de abril de 2020 se llevó a cabo audiencia preparatoria.

El juicio oral se realizó en varias sesiones. Se emite sentido de fallo condenatorio, se realiza audiencia de individualización de pena y se da lectura a la sentencia.

6. FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA

La juez 4ª penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, encontró reunidos los presupuestos legales para una decisión adversa a los intereses del filiado, razón por la cual profiere sentencia de condena e impone una pena de ciento cuarenta y ocho (148) meses; es decir, doce (12) años y cuatro (4) meses de prisión por el delito de *Actos sexuales con menor de catorce años, agravado*, según los Arts. 209, 211 numeral 5° del C.P.

Negó subrogados penales.

7. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

La decisión de instancia fue apelada por el doctor JORGE FEDERICO CALDERÓN DUARTE, apoderado del sentenciado, quien solicitó **se decrete nulidad a partir de la audiencia preparatoria**, así:

«El resumen de lo acontecido en dicha audiencia fue que, y como podrán observar en el audio correspondiente, el señor fiscal al descubrir, enunciar y solicitar las pruebas que quería hacer valer en juicio, cometió un yerro **puesto que confundió la carpeta del caso con otra diferente**, aún así, la señora juez procedió a decretar las mismas, y una vez se estaba buscando la fecha para la audiencia del juicio oral es que el delegado fiscal

se percata del error cometido por el, la señora juez entonces procede a decretar un receso, y luego de este decide unilateralmente decretar la nulidad a partir de la solicitud probatoria, corrigiendo ella misma el error cometido por una parte y procediendo a tomar parte, puesto que con su accionar permitió que se volviera a solicitar pruebas cuando ya había precluido dicha oportunidad. Este defensor entonces al ver esta situación procedió a solicitar que se decretara la nulidad del decreto de nulidad, ya que en mi parecer, y el de la honorable Corte Suprema y la ley, no existen nulidades por errores de las partes, ante esta solicitud la señora juez decidió no darle trámite a mi pedido de nulidad, empero se interpuso el recurso de apelación, el cual fue zanjado palabras más palabras menos sin adentrarse en las cuestiones interrogadas por este libelista, diciendo que le asistía razón a la señora juez porque el derecho de los niños y el derecho que tiene a la prueba el señor fiscal se encontraba acertada en decretar la nulidad, nunca fueron resueltas las cuestiones plantadas tales como, ¿Qué pasaría si fuera la defensa quien comete el yerro?, ¿se decretaría también la nulidad?, ¿Por qué debe ceder los pilares fundamentales del sistema acusatorio en cuanto a las nulidades?, errores de una parte?. Ninguna de estas cuestiones y más fueron resueltas por parte del Honorable Tribunal, por lo que decidí interponer tutela en contra de la decisión. Dicha tutela llegó a la Honorable Corte Suprema sala civil, en la cual no decide de fondo y se atiene a decir que

dentro del proceso existían las herramientas para argumentar el disenso, y me recomienda plantear esta situación en los alegatos de clausura, apelación y posible casación, situación que se está haciendo entonces.

La ley 906 de 2004 en su artículo 458 nos habla del principio de taxatividad, y nos dice el legislador que no podrá existir una nulidad diferente a las que se encuentran regladas en el título VI, y por ningún lado en este título aparece la nulidad por error de una parte, es más, ha sido pacífica y reiterada la posición de la Honorable Corte en el entendido de la mencionada taxatividad.

La cuestión a resolver que ustedes tienen Honorables magistrados es si como dijo el señor fiscal en los alegatos de clausura, es si deberían entonces inventarse una nueva nulidad que aplique cuando alguna de las partes cometa un error, creo que no deberían a través desentencias crear nuevas normas, ese es el trabajo de legislador, hacer esto genera problemas de gran calado porque derrumba los pilares fundamentales del sistema acusatorio, además de la imparcialidad de los jueces, puesto que, al decretar una nulidad por el yerro de una parte, el juez toma partido de un lado y desequilibra la balanza, deja entonces de ser un árbitro y se convierte en un

jugador más y allí acaba la imparcialidad que es principio rector de la actuación penal.

Se equivoca la juez ad quo al afirmar que en la decisión de la Honorable Corte afirma que la tutela fue declarada improcedente porque ya había habido un pronunciamiento de fondo, esa no fue la razón, la razón es que dentro del proceso, dice la corte, es donde se debe alegar dicha situación, y el yerro se duplica por parte de la judicatura cuando no se resuelven las cuestiones planteadas y simplemente se atiene a que dicha situación ya fue decidida, cuando es en la sentencia donde se debe decidir, recuérdese que aún existen recursos de apelación y una posible casación, por lo que está lejos de decidirse sobre el tema aludido. Ningún pronunciamiento hace sobre él porque debe cambiar la ley y la jurisprudencia, porque debe ceder el sistema acusatorio en el entendido de las nulidades, trae eso si argumentos como el derecho a la prueba, derechos de los menores, e inclusive sin desparpajo alguno hasta y me pone de culpable que porque no dije nada cuando se estaba equivocando el señor fiscal que porque yo contaba con el escrito de acusación, se le olvida a la señora juez que el sistema acusatorio es una contienda en la cual cada uno tiene sus deberes y los errores que se cometen no pueden nunca resolverse con una nulidad, y mucho menos decir que es culpa de la contraparte, ¿acaso la defensa es el asistente del fiscal?.

Finaliza diciendo que la fiscalía tiene el derecho a la prueba, pero nunca dice cuando fue que se le prohibió de ese derecho, al parecer quiere decir que al equivocarse el señor fiscal se le estaba privando de su derecho a la prueba, nada dice de la preclusión de los actos procesales, nada dice de la taxatividad de las nulidades, y se entiende, porque de adentrarse en estos temas otra decisión completamente opuesta debió de haber tomado.

Yo les solicito Honorable Tribunal que protejan el derecho penal acusatorio y sus pilares fundamentales, como defensor público soy un colaborador de la justicia, y lo que busco con esto es salvaguardar el sistema acusatorio y que no se inventen leyes a medida que los fiscales se equivocan, esa situación desequilibra el sistema y acaba con la imparcialidad que se buscó por parte del legislador, acaba con el debido proceso y las formas particulares de cada juicio.

No se puede olvidar de lo peligroso que se puede poner una decisión de estas, ya que abriría una puerta imposible de cerrar en la que cuando haya un error de la fiscalía simplemente saldría la mano salvadora del juez decretando nulidades para ayudar al fiscal, ¿Por qué no a la defensa también?, si se da para la fiscalía también se le debe dar a la defensa, pero eso no es lo que busca este defensor, lo que se busca es que se respete el sistema acusatorio.

La trascendencia de esta nulidad es palpable, puesto que si se decreta la misma no habría forma de escuchar a los testigos que fueron escuchados.

Se solicita y se retrotraiga la actuación hasta el momento en el cual la señora juez decreta las pruebas y se proceda a corregir el yerro de la señora togada al decretar pruebas que no fueron solicitadas en la acusación y en consecuencia se proceda a rechazar las mismas y se continúe con el juicio lastimosamente sin pruebas de la fiscalía, situación que no es culpa ni de la judicatura, ni de la defensa, es un acto de parte en el que no se debe inmiscuir un juez imparcial.

Por estas razones Honorables magistrados es que solicito y se decrete la nulidad».

8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Esta Sala de decisión responderá puntualmente los planteamientos objeto de censura.

9. PRETENSIÓN DE NULIDAD RESUELTA EN ANTERIOR OPORTUNIDAD

En auto de 19 noviembre de 2019, el magistrado ponente junto con los revisores de esa época, doctores HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA y SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA, decidió igual pedimento con argumentos que todavía conservan validez para efectos de esta decisión.

Así que recordamos los mismos para la decisión del recurso de apelación en contra de la sentencia de condena. Tales fueron los siguientes:

«5. **PRINCIPIOS GENERALES DE LAS NULIDADES**

En tema de nulidad, valga reiterar como lo ha hecho esta misma Sala en oportunidades anteriores, que si bien es cierto que la Ley 906 de 2004 no consagró normas que indicaran expresamente los principios que rigen las nulidades como sí se hizo en la Ley 600 de 2000, se ha entendido por la jurisprudencia que los mismos hacen parte de los principios generales del debido proceso, razón por la cual se impone su aplicación.

Sobre el particular se pueden consultar las siguientes providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: Auto Rad. 26.359 de 06-06-07, Auto Rad. 28.704 de 05-12-07, Rad. 29.780 de 06-08-08, Auto Rad. 30.261 de 14-08-08, Rad. 22.047 de 29-10-08 (SMI), Rad. 24.650 de 18-11-08 (SMI), Rad. 30.710 de 30-03-09, Auto Rad. 31.900 de 24-08-09 y Auto Rad. 30.935 de 16-09-09, entre otras.

En CSJ AP rad. 26.359 de 06-06-07, se dijo por la alta Corporación Judicial:

“En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema penal acusatorio, la Sala en decisión del 4 de abril de 2006, radicado No 24187, definió que, si bien es cierto que la nueva normatividad procesal penal no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000, no implica que hayan desaparecido por ser inherentes a ellas. Conclusión a la que arribó interpretando las normas que las disciplinan de acuerdo con el fin que dirige la actividad del Estado a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, atendiendo que el debido proceso es uno de los derechos fundamentales de toda persona y que el principio de legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno de derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, son algunas de sus garantías, según el artículo 29 Superior. En consecuencia, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora”.

Especialmente, con respecto al principio de trascendencia, expresó la Corte en auto con Radicación 30.123 de 16-12-08:

“Esta omisión está relacionada con el principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, de conformidad con el cual no basta con

denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que implica demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, razón por la cual el actor debe acreditar el perjuicio que el yerro in procedendo ocasiona (...)”.

Esos principios los ha recordado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, así por ejemplo en CSJ AP rad. 28.476 de 16-12-08 adoptado en el Sistema Mixto Inquisitivo, pero, como ya se dijo, principios aplicables al sistema acusatorio penal:

“Se ha dicho, entonces, que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aún cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que con la irregularidad se afectan garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad)”.

Ahora bien, según la doctrina, los errores o irregularidades pueden ser in procedendo, de procedimiento, de actividad o de forma tales como (i) de estructura, esto es, cuando compromete la forma de los actos o la estructura externa, y (ii) de garantía, o de defectuosa aplicación de las normas del procedimiento y desconocimiento de las garantías defensivas; mientras que los errores in iudicando, de juicio o de fondo, pueden ser (i) de hecho, por la defectuosa determinación de los hechos o contemplación material o jurídica de las pruebas, y (ii) de derecho, o defectuosa apreciación del Derecho.

Desde las leyes francesas de 1933 y 1935 se fijó el principio de “pas de nullité sans grief”, esto es, “no hay nulidad sin perjuicio”, es un principio que corresponde a la teoría general del proceso³.

Entre tales principios, se repite, ocupa especial sitio el de “trascendencia” que surgió precisamente como una reacción contra el formalismo, el cual explica que debe existir un daño o perjuicio cierto, concreto, real e irreparable, es decir, debe existir una irregularidad sustancial que afecte garantías constitucionales o que desconozca los fundamentos del proceso, ya que no hay nulidad por la nulidad misma. También está el principio de “conservación”, según el cual en caso de duda debe mantenerse la conservación del acto y no se decreta la nulidad ya que el acto irregular no necesariamente será nulo. Igualmente, el de “residualidad”, por medio del cual si no hay otro remedio para superar la irregularidad, se decreta nulidad, y en todo caso se

³ CSJ SP rad. 31.900 de 24-08-09.

acude a la solución menos traumática⁴, pues la nulidad es el remedio extremo.

La Corte en sentencia de segunda instancia de 14 abril de 2010, rad. 30.960, resaltó la nulidad como remedio procesal extremo:

“1. La nulidad es la máxima sanción al proceso

A nivel teórico, es pertinente decir que cuando se declara una nulidad en el curso del proceso penal, quien hace tal declaración asume el rol de juez constitucional (léase de garantías), por el simple hecho de que el referente fundamental para adelantar el proceso penal es la observancia plena de las formalidades procesales y el respeto de las garantías debidas a los sujetos intervinientes, es decir, el cumplimiento de la Constitución y de la Ley⁵.

La declaratoria de nulidad es sin lugar a dudas una medida de excepcional carácter, de mayúscula trascendencia en el proceso judicial, teniendo en cuenta que la anulación es el mayor castigo a la actuación, tanto que obliga a rehacerla; luego, una determinación de dicha magnitud sólo procede cuando la irregularidad que se detecta afecta realmente garantías de los sujetos procesales, ora porque se desconocen las bases fundamentales del debido proceso (instrucción – juzgamiento) ya porque

⁴ En tema de solución menos traumática, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias del SMI con rad. 13.358 de 04-09-03 y rad. 22.047 de 29-10-08, entre otras; y sentencia del SAP, con rad. 31.280 de 08-07-09 y rad. 30.612 de 03-02-10, entre otras.

⁵ Cfr. CSJ SP, 11 de abril de 2007, rad. 26.128.

se desconocen garantías defensivas. Principio de trascendencia.

Por lo demás, cuando se detecten irregularidades nimias (porque no se libró una comunicación, porque no se surtió una notificación), no obstante advertir – concluir- que el interviniente conoce la decisión, la imputación, la existencia del proceso y la trascendencia del debate así como sus derechos como sujeto procesal, el principio que en términos generales orienta el adelantamiento del trámite es el de convalidación (la rectificación del yerro) en la medida que hacer las correcciones a la ritualidad –con respecto de las garantías de parte- propicia el buen desarrollo de los procesos las intervenciones judiciales, la eficacia y la eficiencia de la Administración de Justicia”.

Si se alega violación del debido proceso, se exigen estos presupuestos: (i) identificación concreta del acto irregular, (ii) concreción de la forma como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales, (iii) explicación trascendente de por qué es irreparable el daño, es decir, demostrando su lesividad; ha de indicar cómo procesalmente no hay forma distinta de restaurar el derecho menoscabado que declarando la nulidad y (iv) señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación, y señalando su cobertura exacta⁶.

⁶ CSJ AP rad. 29.695 de 28-07-08; CSJ AP rad. 36.023 de 21-09-11; CSJ AP rad. 34.674 de 28-09-11; CSJ AP rad. 37.043 de 28-09-11.

6. SISTEMA ADVERSARIAL Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD A TRAVÉS DE LOS ACTOS DE PRUEBA

Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad⁷.

*Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal, de si es histórica o es discursiva⁸, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, **la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio**, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004)⁹.*

La aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos, garantías y libertades individuales.

Estos elementos de la actividad probatoria, que surgen de la estructura misma del sistema penal, se pueden sintetizar así¹⁰:

⁷ Se puede decir que también es verdad determinar que el hecho no fue cometido por el acusado, o que no existió, etc., pero el conocimiento es el que se produce en el juicio.

⁸ “Verdadero pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió, sino lo mejor justificado”. Vives Antón, Tomás S. *Fundamentos del Sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Ed, Tirant lo Blanch. Valencia 2011, p. 875. CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

⁹ CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

¹⁰ CSJ SP rad. 32.829 de 17 marzo 2010.

Uno: Es fundamental distinguir los **actos de investigación y los actos de prueba**. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes (en su caso, del Ministerio Público y de la víctima) y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantías en las etapas preliminares del procedimiento.

En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por las partes e intervinientes con el control y vigilancia del juez de control de garantías, cuando legalmente se requiera.

Los actos de investigación son actos preparatorios del juicio. Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es¹¹.

Los segundos, los **actos de prueba**, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlos en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

Dos: El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino **da mihi factum ego tibi jus, dadme las pruebas que yo te daré**

¹¹ CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

el Derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

Tres: En el proceso acusatorio los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos.

Aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza razonable, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza razonable sobre la responsabilidad penal del imputado.

Cuatro: El Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada.

Ahora, salvo excepciones legales, en el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria.

*Solamente se aprecia en la valoración judicial (sentencia) la prueba confrontada en juicio¹². Así pues, **lo que no se introduzca legalmente a través del juicio oral no existe**¹³.*

Cinco: Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para decretar de oficio pruebas¹⁴, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración.

Si la fiscalía no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede valorar pruebas diferentes a las decretadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio oral.

La pasividad probatoria del juez es una garantía del acusado¹⁵, de tal forma que, si alguno de los sujetos procesales no ejecuta en debida forma su labor, de modo que no recopila los elementos materiales de prueba que requiere aducir, no puede acudir a que el juez de conocimiento supla tal deficiencia, vr, gr., mediante la expedición de oficios para que se alleguen medios cognoscitivos, pues ello desnaturalizaría el sistema procesal penal estipulado en la ley 906 de 2004¹⁶.

¹² CSJ SP 791-2019, rad. 47-140 de 13 marzo 2019.

¹³ CSJ SP 2144-2016, rad. 41.712 de 24 febrero 2016; CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

¹⁴ Art. 361 CPP. Norma declarada exequible mediante sentencia C-396 de 2007, donde se dijo: “la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”.

¹⁵ CSJ SP rad. 32.829 de 17 marzo 2010.

¹⁶ CSJ AP 2814-2017, rad. 49.307 de 3 mayo 2017.

7. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA O DERECHO A PROBAR

El derecho a probar se entiende hoy como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados, que intervienen en un proceso judicial, de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener un pronunciamiento judicial acerca de su eficacia para la reconstrucción de tales hechos en la sentencia definitiva¹⁷.

Es la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones¹⁸.

Se puede entender el derecho fundamental a la prueba como la posición jurídica fundamental que posee, en razón de la Carta Fundamental y la ley, aquel que tiene el carácter de parte o de alguna forma de interviniente o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender a la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa¹⁹.

¹⁷ Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, En: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

¹⁸ Comoglio, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nell'quadro delle garanzie costituzionali*, En Riv. Trim. Dir. e proc. civ., 4/1994, p. 1075; citado por Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*.

¹⁹ Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*, *Estudios de Derecho -Estud. Derecho-* Vol. LXIV. N.º 143, junio 2007. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia, pp. 182-206.

La doctrina internacional autorizada expresa que el “derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho”²⁰.

La jurisprudencia constitucional ha identificado el derecho a la prueba como: a) la certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez, b) el derecho a interrogar, c) el derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, d) la controversia probatoria, e) el juzgar imparcialmente el valor de su convicción, f) el derecho de defensa, g) uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, h) el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, i) la búsqueda de la verdad y la justicia, y j) la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita²¹.

Las normas, de nivel internacional y constitucional, sancionadas en la segunda mitad del siglo XX, incursionan ya en el contenido de este derecho a la prueba y la doctrina y jurisprudencia

²⁰ Rivera-Morales, Rodrigo. *Derecho constitucional de la prueba*, en VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, pp. 211-232, primera edición, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, 2012; Yáñez-Meza, Diego Armando & Castellanos-Castellanos, Jeferson Arley, *El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal*, 132 Vniversitas, pp. 561-610 (2016).
<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpc>
[doi:10.11144/Javeriana.vj132.dpca](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpca)

²¹ Yáñez-Meza, Diego Armando & Castellanos-Castellanos, Jeferson Arley, *El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal*, 132 Vniversitas, pp. 561-610 (2016).
<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpc>
[doi:10.11144/Javeriana.vj132.dpca](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpca)

europeas lo ubican como aspecto esencial del derecho a una tutela judicial efectiva²².

El derecho a probar comprende todo el amplio campo del procedimiento probatorio, comenzando por la formación de los instrumentos de prueba, su selección y proposición en el proceso, la admisión por el juez, su integración al material de conocimiento y la determinación de su eficacia para la reconstrucción de los hechos²³.

En cuanto a la **formación y selección de los instrumentos de prueba**, tenemos: (i) la libertad probatoria; (ii) las limitaciones, ya que esta libertad probatoria solo puede ser limitada por exigencias básicas, tales como: la racionalidad del instrumento de prueba; la legalidad de su obtención; la relevancia de su empleo en el proceso concreto (pertinencia)²⁴ ya que la relevancia o pertinencia de la prueba opera como una condición para admitir su formación o ingreso, dentro del proceso; y el análisis de relevancia o pertinencia²⁵.

También existe una **fase de producción y valoración de la prueba**, así: a) el derecho de contradecir la validez y eficacia de la

²² Picó I Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996, pp. 37-38.

²³ Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, En: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

²⁴ La relevancia es una cualidad lógica del dato probatorio, que tiene una doble significación: vincula el instrumento de prueba con los hechos que son objeto del debate y conducentes a la decisión de la contienda, e impone que aquél tenga idoneidad para producir argumentos relativos al conocimiento de tales hechos. Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, En: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

²⁵ Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, En: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

prueba aportada; b) derecho a una valoración completa y racional de la prueba²⁶.

8. SITUACIÓN DEL CASO CONCRETO

En el sub lite, es claro que se presentó un error de procedimiento que implica retrotraer toda la actuación.

Cierto es que el delegado Fiscal se equivocó y enunció pruebas que no corresponde a los hechos por los cuales acusó, lo que permitió el decreto de pruebas ajenas a la actuación, todo lo cual genera un desequilibrio en el debate oral y un quebrantamiento a los derechos de la víctima que, por demás es un menor de edad.

Es evidente que los medios probatorios decretados no tienen vocación probatoria, ni para la obtención de la verdad procesal (Art. 5° CPP), ni para fundamentar una resolución judicial.

El artículo 374 de la Ley 906 de 2004 prescribe como regla general que “toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria”, diligencia para la cual el artículo 357 ibídem contempla el siguiente trámite:

*Artículo 357. **Solicitudes probatorias.** Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.*

²⁶ Quevedo Mendoza, Efraín I. *El derecho a la prueba como garantía constitucional*, En: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

*El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas **cuando ellas se refieran a los hechos de la actuación** que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código.*

En ese mismo sentido, la pertinencia, a su vez, está definida en el artículo 375 del estatuto procesal de la siguiente manera:

*Artículo 375-. Pertinencia. **El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias**, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.*

Al respecto, la Corte ha sostenido que las partes tienen la obligación de sustentar las solicitudes relativas a los medios de prueba, de cara a la teoría del caso que pretendan demostrar en el debate público:

“[...] para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia del juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, para decirlo en términos elementales, dar a conocer

claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso.

” [...] En otros términos, lo requerido como elemento suasorio se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos.

”[...] Aquello, entonces, de que la prueba pertenece al proceso tiene amplios matices en lo que respecta a una sistemática acusatoria que desarrolla el principio adversarial, dado que, como ya se vio, la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme a la pretensión que ésta tabula en el proceso, y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte, a título de demanda específica, no sólo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad”²⁷.

Es claro, entonces, que la prueba solicitada debe referirse a los hechos que se investigan.

²⁷ CSJ AP, 16 octubre 2007, rad. 27.608.

En el caso examinado es ostensible que las solicitudes probatorias elevadas por el ente Fiscal no corresponden a la investigación adelantada en contra del inculpatado, así entonces, quedaría el ente Fiscal sin posibilidad de demostrar su hipótesis fáctica.

En este sistema a las partes le corresponde demostrar los supuestos de sus pretensiones²⁸.

*Se desconoce **el derecho fundamental a la prueba** cuando a alguna de las partes no se le permite ni practicar, ni incorporar a la actuación aquellos medios probatorios que sean cruciales para sus pretensiones.*

No puede perderse de vista que el trámite acusatorio comporta, un franco contenido adversarial, llamado proceso de partes, transversalizado por el principio de igualdad de armas.

Así pues, para garantizar el debate oral cada uno de los extremos de pretensión punitiva están habilitados para recaudar y allegar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que puedan servirle.

La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe, con una actividad probatoria de cargo, desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda, lo que exige rehacer la actuación con el propósito de incorporar el material que recaudo el ente acusador, siempre y cuando cumpla con las disposiciones de la Ley 906 de 2004.

²⁸ CSJ SP rad. 31103 de 27 de marzo 2009.

Dígase que, con ello no se está parcializando la actuación, como lo entiende el censor, la Fiscalía General de la Nación está en el deber de ejercer la carga de la prueba dentro de los parámetros constitucionales y legales.

Es que el órgano judicial debe proferir una sentencia, cualquiera sea su sentido, con base en medios de conocimientos pertinentes, conducentes y útiles que corroboren una pretensión probatoria.

En este evento, no sería así, pues sencillamente los medios probatorios no corresponden a este proceso penal.

Tampoco puede afirmarse que se trasgrede al derecho a la defensa del enjuiciado, pues este dentro del decurso procesal no solo tiene esa garantía insoslayable de “solicitar, conocer y controvertir las pruebas” conforme al literal j) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, sino que además cuenta, si a bien lo tiene, de “(...) intervenir en su formación” acorde al artículo 15 de la misma disposición.

En fin, se mantiene incólume esa garantía constitucional de presunción de inocencia.

La Judicatura debe velar porque se cumplan las formalidades procesales y se garanticen los derechos de los sujetos intervinientes, como aquí se hizo.

Así pues, se cumple con los presupuestos sustanciales ya explicados con entidad suficiente para ordenar la nulitación del trámite procesal.

Se tiene, entonces: (i) que se deben hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal (Art. 44 C. Pol.); (ii) que solo en apariencia se decretaron pruebas para esclarecer la verdad en los hechos donde es víctima un menor de edad; (iii) que de acogerse la tesis de la defensa, no se podrá establecer la verdad de los hechos, con objetividad (Art. 5 CPP); (iv) que fue en la misma audiencia preparatoria donde la fiscalía se percató del error sobre la confusión de carpetas, y no se observa mala fe, dolo o colusión; (v) no se vulneran los derechos del procesado en la medida que también podrá pedir prueba para oponerse a las pruebas de la fiscalía; (vi) la única forma de restablecer los derechos de las partes involucrada es a través de la nulidad».

10. RESPUESTA A LOS ASPECTOS NOVEDOSOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

10.1 CORRECCIÓN DE ACTOS IRREGULARES POR EL MISMO FUNCIONARIO JUDICIAL

Dice el censor que «corrigiendo ella misma el error cometido por una parte y procediendo a tomar parte, puesto que con su accionar permitió que se volviera a solicitar pruebas cuando ya había precluido dicha oportunidad».

Ha de indicarse sobre el nuevo tema mencionado que los jueces tienen el deber de corregir los actos irregulares (Arts. 10 y 139 numeral 3, C.P.P.), inclusive decretando la nulidad del proceso como remedio extremo y final (Arts. 456-458, C.P.P.).

Un acto procesal jurisdiccional es irregular si en su realización no se observaron las formas legales y será ineficaz si, además, reúne las siguientes condiciones: (i) que la anomalía se encuentre definida en la ley como causal de nulidad (taxatividad); (ii) que afecte garantías fundamentales de las partes o las bases del proceso (trascendencia); (iii) que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión (instrumentalidad de las formas); (iv) que no fue coadyuvado por el interesado en su anulación salvo que se trate de falta de defensa técnica (protección); (v) que no fue ratificado por el perjudicado (convalidación); y, (vi) que no puede ser reparado por otro mecanismo procesal principal (subsidiariedad) ²⁹.

En CSJ SP 577-2024, rad. 55.791 de 20 marzo 2024, se ordenó devolver la actuación al Tribunal Superior de Distrito Judicial para que procediera de conformidad con lo indicado por los artículos 10, 138, numeral 2, 139, numeral 3 de la Ley 906, para habilitarle al solicitante la posibilidad de interponer recursos contra la sentencia, pues se habían cometido errores en la notificación. Además, se indicó que en ningún caso lo solicitado puede conducir a la anulación del fallo, sino a la **adopción de correctivos** para completar la notificación a todas las partes e intervinientes.

²⁹ Esas directrices aparecían contempladas, expresamente, en el artículo 310 del anterior estatuto procesal (Ley 600/00) y son aplicables igualmente al actual (Ley 906/04) porque, aunque en este no todas tienen consagración literal, se corresponden con la esencia de las nulidades, tal y como se ha manifestado en múltiples ocasiones. CSJ SP 4191-2020, rad. 56.209 de 28 octubre 2020.

La reorientación de las funciones del operador judicial derivada del preámbulo³⁰ y del articulado de la Constitución³¹ referente al funcionamiento de la administración de justicia, le entregó al juez la posibilidad de ser el punto cardinal en la realización de los **finés del proceso**³².

Son deberes de los funcionarios judiciales resolver los asuntos de su conocimiento dentro de los términos establecidos en la Ley (Art. 138 numeral 1°, C.P.P.), atender oportuna y debidamente las peticiones de los intervinientes (Art. 138 numeral 5°, C.P.P.), evitar las maniobras dilatorias y demás actos inconducentes, impertinentes o superfluos (Art. 139 numeral 1°, C.P.P.), corregir los actos irregulares (Art. 139 numeral 3°, Art. 10, C.P.P.), y ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales necesarias para garantizar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia³³, entre otros.

Los jueces tienen el deber de «*respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso*» (Art. 138 inciso 2°, C.P.P.), siendo uno de los más importantes el de la defensa técnica del sujeto pasivo de la acción penal. En efecto, el derecho a la asistencia, representación y asesoría de un abogado, intangible, real y permanente, integra el núcleo esencial

³⁰ «En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, (...)». (subrayas fuera del texto).

³¹ Artículos 28, 29, 30, 92, 113, 116, 130, 150, 152, 209, 247, 256 y 257.

³² Corte Constitucional, sentencia T-195 de 2019.

³³ CSJ STP 7356-2020 de 29 julio 2020; CSJ STP 3447-2021, rad. 115.659 de 6 abril 2021; CSJ SP 2021-2022, rad. 54.321 de 15 junio 2022; CSJ AP 633-2025, rad. 60.207 de 5 febrero 2025.

de la garantía de la defensa (Art. 8° literal e, C.P.P.) y, en general, del debido proceso penal (Art. 29 Const. Pol.)³⁴.

En ese orden, un defensor que pueda luchar, en igualdad de condiciones, con el órgano acusador, es presupuesto fundamental de un proceso contradictorio o adversarial, como el regulado en la Ley 906/2004. De esa manera, una defensa técnica real o efectiva depende de la existencia de unas habilidades mínimas que permitan a su titular refutar la acusación no solo a través de alegaciones sino de contrapruebas, pues la verdad del proceso será aquélla que resulte de la confrontación de las tesis de las partes (acusación y defensa)³⁵.

Teniendo en cuenta lo antedicho, el hecho de que el proceder de la rama judicial sea considerado como una función pública, supone que el acceso a ella sea de carácter fundamental, pues, los jueces de la República *«son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo»*³⁶.

Corresponde a los jueces, según la Corte, dirigir tales audiencias con rigurosa comprensión de su papel como mediadores en un conflicto que arbitran, lo cual descarta la arrogancia, la vanidad y la distancia con los actores de tal audiencia y, al contrario, demanda de ellos sencillez, moderación y cercanía, en procura de crear una dinámica dialogante, expedita y facilitadora, en orden

³⁴ CSJ AP 524-2021, rad. 53.294 de 17 febrero 2021; CSJ AP 1049-2021, rad. 53.622 de 17 marzo 2021.

³⁵ CSJ AP 524-2021, rad. 53.294 de 17 febrero 2021.

³⁶ Corte Constitucional, sentencias C-713 de 2008 y T-195 de 2019.

a que todos encuentren espacios para que sin obstáculos, desde sus roles, contribuyan en la reconstrucción de la verdad como fin del proceso penal³⁷.

Al juez se le han encomendado dos tareas claves, así:

Uno: **la obtención del derecho sustancial**. Esto es *«aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero»*³⁸.

El juez es creador y controlador de los actos de los demás poderes; su función emerge para erigirse como adecuador de la ley para el propósito de la justicia³⁹.

Dos: **la búsqueda de la verdad**. La Carta Política fija que la justicia se consolida mediante la aplicación de la ley sustancial, sin olvidar que *«no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material»*⁴⁰.

Dichas tareas claves consolidan el ideal de la justicia material derivado de la interpretación de lo propuesto por el constituyente en la Constitución Política⁴¹.

³⁷ CSJ SP 653-2022, rad. 59.540 de 9 marzo 2022.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-768 de 2014.

³⁹ Calamandrei, Piero. *Derecho procesal civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2012.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-768 de 2014.

El juez como director del proceso está facultado para tomar las decisiones que considere, teniendo como soporte las realidades de la situación fáctica que este estudie para abrir paso al derecho sustancial en aras de materializar el mandato constitucional del orden justo establecido en la Carta Política (preámbulo y artículo 2º superior).

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha señalado que «[l]a implementación y cumplimiento de estos deberes deben conducir a la concreción material y efectiva de principios fundantes del Estado social de derecho que van encaminados a la implementación cada vez más profunda e integral de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia para estar cada vez más cerca de la vigencia del orden justo, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2º de la Constitución»⁴².

Así entonces, se debe colegir que el juzgador de instancia actuó correctamente al disponer los correctivos legales.

10.2 SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal deben cumplirse los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé; pues, la prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA) y la aplicación del principio *pro infans*, no comporta la

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-1026 de 2010.

supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio⁴³.

La FGN, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, debe aplicar en sus actuaciones el principio *pro infans* a efectos de evitar la repetida e innecesaria exposición de la víctima a procesos de revictimización secundaria.

La aplicación de ese interés superior del menor como marco hermenéutico para aclarar eventuales conflictos entre los derechos y los deberes de proteger a los menores de edad **no puede conllevar, en el campo procesal penal, el desconocimiento del derecho al debido proceso y a un juicio justo de los indiciados, imputados o procesados**⁴⁴.

El principio *pro infans* es ciertamente importante, pero no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos, el de **presunción de inocencia**⁴⁵, como ya quedó dicho.

En todo caso, la falencias probatorias no se pueden sortear acudiendo a la máxima de que los derechos de los menores priman sobre los derechos de los demás (*Artículo 44 de la Constitución Política*).⁴⁶

⁴³ CSJ SP 2709-2018, rad. 50.637; CSJ AP, 6 agosto 2019, rad. 54.369; CSJ SP 118-2023, rad. 53.067 de 29 marzo 2023; CSJ SP 164-2023, rad. 53.259 de 3 mayo 2023; CSJ SP 1306-2024, rad. 62.898 de 29 mayo 2024; CSJ SP 1356-2024, rad. 58.598 de 5 junio 2024; CSJ SP 2262-2024, rad. 61.147 de 21 agosto 2024; CSJ SP 926-2025, rad. 64.587 de 2 abril 2025.

⁴⁴ Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Art. 8.6), entre muchos otros. Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014.

⁴⁵ CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

⁴⁶ CSJ SP 4234-2020, rad. 55.615 de 4 noviembre 2020.

Ahora bien, la prevalencia de los derechos de los NNA en el proceso penal no puede derruir los derechos del procesado, lo cual no aconteció en el *sub lite*.

10.3 **SOBRE LA NULIDAD DE ACTO DE LAS PARTES Y LOS ACTOS DE LA FGN**

Cuando se formula una petición de nulidad frente a un acto procesal de una de las partes, como en el caso de la fiscalía cuando formula la imputación, la nulidad resulta improcedente, pues la misma solo procede contra actuaciones desplegadas por los funcionarios judiciales.

Al respecto, la Sala de Casación Penal en providencias CSJ AP 5563-2016; CSJ AP 1128-2022; CSJ AP 4939-2022, rad. 60.470 de 26 octubre 2022, indicó:

«[...] En efecto, para los primeros [fiscales], al constituir meras postulaciones, la ley procesal establece sanciones como la inadmisibilidad⁴⁷, el rechazo⁴⁸ o la exclusión que, por regla general, no inciden en la validez del proceso⁴⁹. Mientras que, los

⁴⁷ Se inadmiten, por ejemplo, el desistimiento de la querella cuando no es voluntario, libre e informado (art. 76 C.P.P./2004) y el medio de prueba impertinente, inconducente o inútil (art. 359 C.P.P./2004).

⁴⁸ El rechazo es la sanción a la falta de descubrimiento de los elementos probatorios y evidencia física (art. 346 C.P.P./2004) y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos (art. 139 C.P.P./2004).

⁴⁹ La sanción a la prueba ilícita e ilegal es la exclusión (arts. 23 y 359 del C.P.P./2004), más cuando se configura la primera hipótesis y la causa de la ilicitud es la obtención del medio de conocimiento mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, se produce la nulidad total del proceso, tal y como se dispuso en la sentencia C-591 de 2005.

actos procesales del juez, al ser vinculantes y decidir asuntos con fuerza de ejecutoria material, sí tienen la potencialidad de lesionar garantías fundamentales, entre ellas el derecho a la defensa y el debido proceso, por lo que la irregularidad de los mismos debe repararse con la anulación, claro está, si ello no fue posible con otros remedios como la corrección de los actos irregulares⁵⁰ o la revocatoria de las providencias en sede de impugnación».

Con la implementación del sistema penal acusatorio compilado en la Ley 906 de 2004, los representantes de la Fiscalía General de la Nación, asumieron la condición de parte pues:

«[...] (i) se le despojó de la mayoría de facultades jurisdiccionales de injerencia en los derechos fundamentales⁵¹ y de disponibilidad de la acción penal, frente a las cuales ahora tiene sólo un poder de postulación⁵²; (ii) aunque la acusación sigue siendo presupuesto del juicio y, por ende, de la

⁵⁰ «El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes». (art. 10, último inciso, C.P.P./2004).

⁵¹ La fiscalía conservó funciones judiciales como son: la captura excepcional, los registros, los allanamientos e interceptación de comunicaciones (Art. 250, num. 1, inc. 3º, y num. 2).

⁵² Art. 250 de la Constitución Política: «(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. **Solicitar** al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 4. **Presentar** escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5. **Solicitar** ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. 6. **Solicitar** ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. (...)».

competencia del juez de conocimiento, la naturaleza de ese acto varió: de decisión judicial⁵³ pasó a ser una pretensión⁵⁴; y, (iii) se delimitó su rol al de investigador y acusador, pues un juez imparcial conoce del juicio y decide, y otro controla el respeto de las garantías (ídem)».

En atención al rol de la fiscalía dentro del sistema penal acusatorio y al asignarle la condición de parte, en decisiones CSJ SP 2042-2019; CSJ AP 4939-2022, rad. 60.470 de 26 octubre 2022, la Corte resaltó que no es procedente criticar los fundamentos fácticos y jurídicos de la imputación:

«(i) **el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación– está reservado al fiscal;** (ii) **los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad**, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis,

⁵³ En el Código de Procedimiento Penal de 2000, la acusación era una providencia judicial, tal y como expresamente lo disponía, entre otros, el artículo 397: «*El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán **resolución** de acusación cuando...*».

⁵⁴ Art. 336 C.P.P./2004: «*El fiscal presentará el **escrito** de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando...*».

o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario **la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos**; (vi) **en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio**, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma. (...)

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía

realice esta función con el cuidado debido (resaltados fuera del original)».

En providencias CSJ SP 3988-2020; CSJ AP 4939-2022, rad. 60.470 de 26 octubre 2022, se adujo que:

«[...] **La Fiscalía realiza el juicio de imputación y el juicio de acusación, sin que los jueces puedan realizar un control material a esa actividad de parte** (salvo lo anotado con antelación sobre calificaciones jurídicas manifiestamente improcedentes), pero, al emitir la sentencia, el juez debe constatar los prepuestos fácticos y jurídicos.

Ello, entraña una suerte de “control material” a la acusación (entendida como pretensión), que **no opera cuando la Fiscalía realiza las actividades reguladas en los artículos 286 y siguientes y 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sino al momento de la emisión del fallo**».

Como se ve, no puede haber nulidad de los actos de parte, salvo cuando tengan contenido eminentemente jurisdiccional, y este no es el caso.

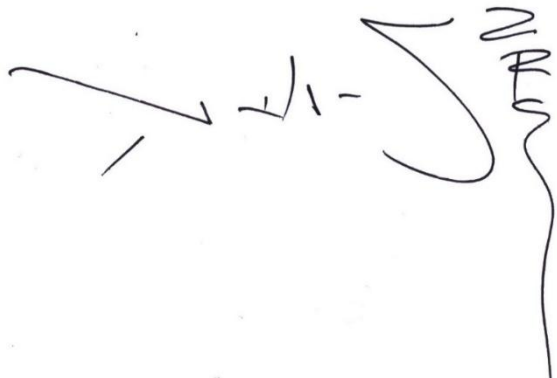
11 . CONCLUSIÓN

No hay lugar al decreto de nulidad como la pretende el censor.
Se ha de confirmar en consecuencia la sentencia de condena.

12. **DECISIÓN**

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) NIEGA LA PETICIÓN DE NULIDAD** invocada por el abogado defensor, por las razones expuestas; **(ii)** en los demás rige el fallo de condena de instancia; **(iii)** contra esta decisión procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO

Magistrado



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN

Magistrada


JESÚS GÓMEZ CENTENO
Magistrado