

DECISIONES JUDICIALES - Se materializan a través de Órdenes, Autos y Sentencias.

DECISIÓN QUE NIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – Es Auto y no Orden.

AUTO QUE NIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – Admite Recurso de Apelación.

NULIDADES PROCESALES – PRINCIPIOS: No todo dislate conlleva a la declaratoria de nulidad de lo actuado, ello únicamente sucederá si se acredita que se afectaron de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o fueron socavadas las bases fundamentales del proceso a la luz de los principios que informan las nulidades procesales.

NULIDADES PROCESALES – PRINCIPIOS: La inobservancia de alguno de ellos comporta la inadmisibilidad del reproche por nulidad al ser concurrentes y no alternativos.

NULIDAD PROCESAL POR NEGAR LA POSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE NIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – No se configura.

No hay lugar a declarar la nulidad de la actuación, dentro de la cual no se brindó la posibilidad a la Fiscalía de interponer recurso de apelación en contra de la disposición que negó la introducción de las entrevistas previas rendidas por la víctima como prueba de referencia, pues no obstante esta decisión por la naturaleza de lo decidido constituye un auto interlocutorio susceptible de ser recurrida en alzada y no una mera orden, tal irregularidad fue convalidada por el representante del ente instructor, quien omitió acudir al recurso de queja, consintiendo tal denegación.

SALVAMENTO DE VOTO: DRA BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente :	Franco Solarte Portilla
Asunto :	Auto que decide una nulidad
Delitos :	Proxenetismo con menor de edad
Acusados :	AMLC y DEMB
Radicación :	52001600049120090052-01 NI 2561
Aprobación :	Acta No. 2019-167 (Noviembre 22 de 2019)

San Juan de Pasto, noviembre veintiocho de dos mil diecinueve

Objeto del Pronunciamiento

Decide la Sala la apelación propuesta por el representante del Ministerio Público, en contra del auto dictado por el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto el día 6 de agosto de 2019 en curso de la audiencia de juicio oral, mediante el cual negó la solicitud de nulidad elevada por dicho interviniente dentro del proceso que por el delito de proxenetismo con menor de edad se adelanta en contra de los señores AMLC y DEMB.

Resumen de los hechos jurídicamente relevantes y de la actuación surtida

Para el día 2 de octubre de 2009 la adolescente IMQM, que para la época tenía 15 años de edad, contactó a la señora AMLC, una amiga de su madre, para que la llevara a trabajar en prostitución, una actividad a la que ésta se dedicaba; en efecto, tras ese requerimiento la referida ciudadana llevó a la menor al establecimiento de comercio “BG” ubicado en esta ciudad, en el que su administrador DEMB la autorizó para que ejerciera la actividad que desempeñó hasta el 4 de noviembre de ese año, cuando en curso de una diligencia de registro y allanamiento fue rescatada de la vivienda que ocupaba junto con la señora LC. En ese interregno, indica la Fiscalía, la adolescente debía cobrar \$40.000 por cada cita sexual, de los que el señor MB descontaba la suma de \$5.000 por el uso de las habitaciones, además la fémina señalada le prestaba a la joven vestidos y maquillajes y junto con el regente del negocio le conseguían clientes.

Por esos hechos el 3 de diciembre de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto con Funciones de control de Garantías el instructor formuló imputación a los investigados como coautores del delito de proxenetismo con menor de edad, a título de dolo, en concurso material sucesivo y homogéneo, cargos que no fueron aceptados por los encartados.

Por ello la Fiscalía presentó escrito de acusación, cuya formulación se surtiere el 10 de marzo de 2017 ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto; la audiencia preparatoria tuvo lugar el 16 de abril de 2018 y el juicio oral ha venido surtiéndose en fechas 25 de octubre de esa anualidad y 6 de agosto de la presente.

En la última sesión el señor Fiscal solicitó a la Judicatura le permitiera incorporar como prueba de referencia las entrevistas rendidas por la víctima ante sus investigadores, comoquiera que no había sido posible lograr su comparecencia a la vista pública, ello, al tenor de lo normado en el numeral 5 del artículo 438 procedimental penal, por ser la víctima menor de edad de un delito contra la formación sexual, lo que habilitaba la práctica de la prueba de referencia de manera autónoma.

La bancada de la defensa se opuso a ese pedimento a la sazón de que su contraparte no hubiera acreditado la concurrencia de una causal que haga admisible la prueba de referencia, además que debía argumentarse la imposibilidad de la comparecencia de la víctima al cabo de que transcurridos 2 años podía advertirse su falta de interés en el proceso.

La Judicatura no accedió a la solicitud por razón de que el acusador no acreditara la pertinencia de la prueba de referencia, como también porque no

pidiera la prueba testimonial con la que pretendía aducir las entrevistas de la afectada.

Ante dicha decisión el persecutor interpuso recurso de apelación, empero, el *A quo* le refirió que se trataba de una mera orden frente a la cual no procedía dicho recurso, posición en la que se mantuvo a pesar de que el agente del Ministerio Público advirtiera que la determinación era de aquellas que niegan el decreto de una prueba y por ende susceptible de ser recurrida en alzada. Dicho eso el Fiscal anunció que renunciaría a los demás testigos porque estaban destinados a corroborar el dicho de la víctima.

En ese momento de la diligencia, el señor Procurador solicitó se decretara la nulidad de lo actuado recientemente por la Judicatura. Señaló primero que en el fondo de la discusión la causal invocada por la Fiscalía para que se acepte la prueba de referencia era autónoma y objetiva, luego, no requería de la acreditación de una condición sobreviniente, además porque en audiencia preparatoria ya se hubo de analizar la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba, mismas razones que se mantienen frente a la prueba de referencia. Dicho eso, recalcó que al negarse la práctica probatoria contra la decisión procedían los recursos ordinarios, allí donde se erigía el yerro instrumental que debía ser corregido con la nulidad, en aras de que se conceda el recurso y se corra el traslado para su sustentación al recurrente, y luego a los no recurrentes, porque tal dislate socavaba los derechos del persecutor y de las víctimas.

Esos argumentos fueron compartidos por la Fiscalía, no así por las togadas que representan los intereses de los encausados, quienes rotularon que inclusive en tratándose de prueba de referencia debía superar los tamices de la pertinencia, conducencia y utilidad, que la Ley 1652 de 2013 no podía ser

aplicada por no estar vigente para la época de los hechos delictivos y que no se había incurrido en vicio alguno.

La providencia impugnada

El Juez singular explicó que para el mes de diciembre de 2015, cuando se surtió la imputación de cargos, ya se encontraba vigente la Ley 1652 de 2013, que es la que habilita la utilización de las entrevistas de las víctimas menores de edad de delitos sexuales como prueba de referencia, luego, la Fiscalía con anticipación debía hacer un balance de la disponibilidad de sus testigos; destacó que al Fallador le correspondía evitar maniobras dilatorias y todos los actos manifiestamente inconducentes e impertinentes mediante el rechazo de plano de los mismos; también puntualizó que la prueba de referencia está sometida a un procedimiento especial en el que debe indicarse la causal, los testigos con los que se introducirá, etc., siendo que de no cumplirse esos presupuestos operaba el rechazo de plano de la solicitud, lo que no era un acto arbitrario e ilegal del Despacho que ameritara la declaratoria de nulidad de lo actuado.

La apelación

El representante del Ministerio Público aclaró que la solicitud de nulidad se elevaba por cuenta de la negativa de la Judicatura en permitir la interposición del recurso de apelación elevado por la Fiscalía respecto de la decisión mediante la cual no se admitió la prueba de referencia solicitada, y no por la negativa de la prueba de referencia en sí misma. Instruyó que la nulidad radicaba en que el *A quo* no asintiera el uso de los recursos ordinarios respecto de una decisión que disponía no practicar una prueba, proceder con el que se impedía debatir en segunda instancia si la solicitud de prueba de

referencia de la Fiscalía sobre las entrevistas de la víctima era autónoma o no frente a las demás causales del artículo 438 instrumental, si se estructuraba esa hipótesis y demás temas circundantes.

En tal orden, requirió se retrotraiga la actuación hasta el punto de que se permita la sustentación del recurso de apelación elevado por la Fiscalía y se le dé el respectivo trámite.

Los no recurrentes

El señor fiscal coadyuvó los argumentos y petición del agente del Ministerio Público.

La defensa de la señora AMLC precisó que frente a la no concesión del recurso de apelación concernía al afectado interponer el recurso de queja conforme el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, de ahí que no procedía presentar solicitud de nulidad. Frente al tema de la prueba de referencia recordó que en la audiencia preparatoria no solicitó el decreto de pruebas documentales, por lo que la defensa estaría siendo sorprendida con el uso de las entrevistas de la víctima.

La abogada del señor DEMB aleccionó que las nulidades procesales son un remedio extremo que se habilita cuando no haya otra alternativa para subsanar los yerros del procedimiento que pueden ocasionar vulneración de garantías fundamentales, siendo que para el caso bajo estudio es el recurso de queja llamado a operar. Aunó que lo dicho por la Judicatura cuando señaló que no se podían tener en cuenta las entrevistas de la víctima como prueba de referencia era una mera orden no susceptible de recursos.

Consideraciones para resolver

Establecida la competencia de este Tribunal para conocer del presente asunto conforme el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, es del caso que se resuelva el siguiente problema jurídico:

¿Debió el A quo declarar la nulidad de su propia actuación, tal como lo pregona el señor agente del Ministerio Público, cuando no asintió la posibilidad a la Fiscalía de interponer recurso de apelación en contra de la disposición mediante la cual negó la introducción de las entrevistas previas rendidas por la víctima del reato como prueba de referencia?

El contexto en el que se desarrolla esa discusión delata que iniciada la continuación del juicio oral, el señor Fiscal le solicitó a la Judicatura le permitiera incorporar como prueba de referencia las entrevistas que la víctima rindiera ante los investigadores del organismo persecutor, dada su minoría de edad para la fecha de los hechos, como porque tampoco ha sido posible lograr su comparecencia, según es dable hacerlo de conformidad con el artículo 438 numeral 5 de la Ley 906 de 2004. A ese pedimento el Juzgador respondió que no, toda vez que no se acreditara la pertinencia de la solicitud probatoria, conocido lo cual el acusador señaló que interponía recurso de apelación, manifestación frente a la cual el Fallador rotuló que por tratarse de una mera orden no cabía el recurso vertical. En vista de lo sucedido el Ministerio Público deprecó la nulidad de lo actuado, justamente con ocasión de que la Judicatura rehusara la posibilidad de que la Fiscalía recurriera la decisión, pedido de nulidad que como ya se sabe fue despachado de manera desfavorable.

En ese marco de estudio, como un acercamiento al instituto de la nulidad, debe decirse que es concebido como un mecanismo extremo con el cual se corrigen las falencias en el procedimiento que afectan las garantías fundamentales de las partes e intervinientes o que ultrajan las bases fundantes del proceso, empero, en su naturaleza está que no toda falla o equivocación del operador judicial en el proceso conlleva de manera automática e irreflexible a la nulidad de la actuación, lo que solamente sucederá si se colma una serie de principios que son de la esencia de esta figura: hablese de los axiomas de trascendencia, taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad¹.

Si bien no existe norma en la Ley 906 de 2004 que prevea de manera expresa dichos principios, en el procesamiento penal más reciente siguen vigentes tras la aplicación de los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000 por integración y porque además pertenecen a la teoría general del proceso penal.

Para hacer hincapié en esas máximas, el de trascendencia impone en quien alegue la nulidad la obligación de documentar que el vicio afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento; el de protección veta su invocación al sujeto que originó la configuración de la causal, salvo en el caso de la ausencia de defensa técnica; el de convalidación manda que la irregularidad puede aceptarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado siempre que se hayan observado las garantías fundamentales; el de instrumentalidad estriba en el hecho de que las formas no son un fin en sí mismo, de ahí que siempre que se cumpla con el propósito que la regla del procedimiento pretendía proteger no habrá lugar a la declaratoria de nulidad;

¹ CSJ SP, 13 mar 2013, Rad. 39.574.

mientras que el apotegma de residualidad indica que el decreto de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.²

Lo anterior entonces supone una carga para el sujeto procesal que invoca la nulidad: *“tiene el deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que se afectaron de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o fueron socavadas las bases fundamentales del proceso”*³, ello a la luz de los principios antedichos, que son concurrentes o lo que es lo mismo que tienen un carácter acumulativo y no alternativo, de manera que la inobservancia de algunos de ellos comporta la inadmisibilidad del reproche por nulidad⁴.

Para avanzar en la resolución del problema jurídico, en la incorporación de la prueba de referencia tratada en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal se ha establecido un trámite que comprende: (i) la declaración anterior al juicio oral y los medios de prueba para demostrar su existencia y contenido deben ser objeto de descubrimiento en los estadios procesales pertinentes; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar el decreto de la declaración anterior y de los medios de prueba para demostrar su existencia y contenido; (iii) se debe atestiguar la circunstancia excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia; (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada según los medios de prueba que haya elegido la parte; (iv) si la circunstancia excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia es sobreviniente, esto es, si se produjo después de la audiencia preparatoria *“en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.”*^{5 6}

² CSJ AP, 18 jun 2019, Rad. 48.773.

³ CSJ SP, 28 oct 2016, Rad. 44.124.

⁴ CSJ AP, 26 jun 2019, Rad. 50.210.

⁵ CSJ SP, 16 nov 2016, Rad. 44.113.

Ahora bien, en tanto que es factible que la parte interesada pueda solicitar en el juicio oral la práctica de una prueba de referencia, cuando la causa de su admisión se presenta con posterioridad a la audiencia preparatoria, indiscutiblemente al juez le concierne decidir lo que considere procedente respecto de esa petición. Se pregunta entonces la Corporación ¿qué tipo de decisión es esa?

Sabido es que en el sistema de investigación y juzgamiento penal que en la actualidad nos rige, según lo manda el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, las decisiones dentro de las actuaciones se materializan a través de actos que según su naturaleza se distinguen en:

(i) *Órdenes*, cuando concierne al impulso de la actuación o en suma exista la necesidad de disposiciones breves, que corresponden a la esencia direccional del funcionario judicial como director del proceso, tales como las que se dictan en audiencias por el juez, que no resuelven nada del fondo de la contención, procuran la disciplina procesal y evitan el entorpecimiento de la normal marcha del asunto; también se llaman a aquellas dictadas por los fiscales en el decurso de su labor investigativa; contra estos actos no cabe impugnación alguna y se caracterizan por ser verbales y de cumplimiento inmediato.

(ii) *Autos*, donde se decide un punto axial o sustancial propio del debate, pero que no lo definen, y que dada su trascendencia deben ser motivados, debidamente notificados y por supuesto admiten los recursos ordinarios.

(iii) *Sentencias*, que son las providencias interlocutorias por excelencia, porque ponen fin al proceso. Huelga decir que existe respecto de ellas la

⁶ CSJ SP, 27 jun 2018, Rad. 51467.

obligación de la suficiente sustentación, la notificación a las partes e intervinientes y admiten ser recurridas en alzada.

Por otro lado, según el artículo 176 procedimental penal, son recursos ordinarios los de reposición y apelación. Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones, y la apelación, salvo los casos expresamente previstos en el Código, es viable interponerla contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias y contra la sentencia condenatoria o absolutoria. A su turno, el artículo 177 regula los efectos en los que se concede el recurso de apelación, siendo que respecto, por ejemplo, del auto que decide la nulidad, el que niega la práctica de prueba en el juicio oral o el que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, la apelación se concede en el efecto suspensivo.

Al amparo de esas proposiciones, puede colegirse que la decisión adoptada por el *A quo* mediante la cual dispuso no acceder a la solicitud de la Fiscalía tendiente a que se incorporaran como prueba de referencia las entrevistas rendidas por la víctima ante los investigadores de dicho ente, no se ubica dentro de la categoría de órdenes sino de un auto interlocutorio, contrario a lo que la primera instancia de forma desacertada concluyera.

En efecto, tal providencia, por la naturaleza de lo discutido, no se limitaba a disponer un trámite de mero impulso procesal o para evitar solamente el entorpecimiento de la actuación, sino que de hecho versaba sobre un asunto de índole sustancial, cual era la posibilidad de que una de las partes del proceso pudiera practicar una prueba, que por su dicho fuera sobreviniente y posterior a la audiencia preparatoria, gracias a que no contara con la comparecencia de la víctima como testigo a la vista pública, respecto a lo que preceptuara que dicha práctica o incorporación era plausible hacerla por tratarse de una prueba de referencia que encajaba justamente en dicha

definición por cuenta de lo normado en el numeral 5 del artículo 438 adjetivo, a saber, que la víctima era menor de edad, afectada por un reato contra la libertad y formación sexuales y porque no era posible su comparecencia al juicio oral; de ahí que requiriera la autorización para el uso de sus entrevistas.

Desde luego que aunque esa cuestión no tiene por objeto clausurar el proceso, implica la definición de aspectos axiales que tocan con la práctica probatoria, que es claro, a la postre tiene por efecto darle impulso a la actuación, pero no como una disposición breve sino como un auto que debía ocuparse de dirimir si la solicitud probatoria de la Fiscalía se trata de una verdadera prueba de referencia, si encajaba en alguna de las causales de admisibilidad, si hubo de surtir el proceso de incorporación de la prueba de referencia, etc., por muy precaria que la Judicatura hubiera podido calificar la intervención de la Fiscalía en ese punto.

Pero más revelador es que esa providencia judicial sí era un auto, porque así lo dispone de manera manifiesta el numeral 4 del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal cuando consagra que en efecto suspensivo se concederá la apelación del proveído que niega la práctica de prueba en el juicio oral, que fue lo que justamente aconteció en la diligencia del 6 de agosto de 2019.

No obstante, aunque la Sala se encuentra convencida que la primera instancia cometió un desacierto cuando le dio a su decisión la calidad de una mera orden y no de un auto, lo que de contera condujo a que le impidiera a la Fiscalía interponer y sustentar el recurso de apelación pese a manifestar que ese era su querer, no todo dislate conlleva a que deba declararse la nulidad de lo actuado. Como se vio, ello únicamente sucederá si se acredita que se afectaron de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o

fueron socavadas las bases fundamentales del proceso a la luz de los principios arriba referidos que informan las nulidades procesales.

En el *sub lite* será menester que se recabe en el principio de convalidación. Como se recordará, cuando el *A quo* le señaló a la Fiscalía que contra su decisión no procedía apelación, su representante omitió acudir al recurso de queja que está previsto en los artículos 179B y siguientes de la Ley 906 de 2004, mismo que está precisamente instituido cuando el funcionario de primera instancia deniega el recurso de apelación, caso en el cual el recurrente podrá interponer el de queja dentro del término de ejecutoria de la decisión, con la finalidad de que el superior funcional decida si es procedente o no la alzada. En efecto, conocedor de la posición del Juzgado el señor Fiscal no hizo manifestación alguna.

Ese comportamiento da cuenta que la Fiscalía fue del querer de convalidar la irregularidad y de no insistir en que la negativa de practicar en el juicio oral la prueba de referencia fuera revisada en apelación por el *Ad quem*, de hecho, luego de que el Fallador reafirmara que contra la decisión no procedía apelación, la Fiscalía anunció que iba a renunciar a los demás testimonios en tanto estaban decretados para corroborar el dicho de la víctima, lo que refrenda con mayor razón que el acusador consintiera la denegación de la posibilidad de incoar el recurso vertical contra la negativa a practicar la prueba de referencia.

A la postre, el ejercicio de impugnación es un verdadero acto de parte, característico además del modelo adversarial del Sistema Penal Acusatorio, que comprende una facultad o potestad propia en favor de los sujetos procesales, por manera que si la Fiscalía decidiera no insistir en que se le permitiera la posibilidad de apelar la decisión de la Judicatura y conformarse

por cuenta de ello con la decisión de no práctica de la prueba de referencia, es porque convalidara el acto del juez.

Si se considera además que lo que el trasfondo de esa negativa atañe con la práctica probatoria, con más raíces hunde la característica adversarial del sistema, en el que la práctica de pruebas esencial y fundamentalmente está reservada a la Fiscalía y la defensa para demostrar las teorías del caso que han formulado o controvertir las de su contraparte; de ahí que un hecho como el que a la postre el acusador declinara de la práctica de la prueba de refutación cuando no propuso el recurso de queja, devela su deseo de convalidar la actuación.

Por cuenta de lo anterior, el principio de residualidad *ex ante* no se cumpliría tampoco, amén de que la vía para remediar la incorrección era el recurso de queja y no la nulidad de lo actuado, mientras que respecto del de trascendencia el sujeto procesal postulante no acreditó cómo el vicio afectaba las garantías constitucionales de los demás sujetos procesales o desconocía las bases fundantes del proceso, siendo que la Fiscalía puede perseguir su pretensión punitiva a través de los demás medios de prueba decretados, requerir la conducción de la víctima testigo conforme el artículo 384 de la Ley 906 de 2004 (que en todo caso en la actualidad es mayor de edad), etc., además que la interposición de recursos es potestativa de la parte que resulta afectada con una decisión.

Cabe argüir que en lo que hace a los demás principios, si bien el de protección, instrumentalidad y residualidad superarían el tamiz judicial, esto es, no podría la Judicatura argüir que no se cumplen, ya se ha quedado dilucidado que la inobservancia de alguno de ellos comporta la inadmisibilidad del reproche por nulidad al ser concurrentes y no alternativos.

Con estos argumentos procederá la Sala a confirmar la decisión asumida en la providencia impugnada.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Confirmar la decisión recurrida.

Se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase,

Franco Solarte Portilla
Magistrado

Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada
(Salvamento de voto)

Juan Carlos Álvarez López
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

**San Juan de Pasto, veintiocho (28) de noviembre dos mil
diecinueve (2019)**

SALVAMENTO DE VOTO

Asunto: SPA NI 2561
Acusado: ALC y DEMB
Delito: Proxenetismo con menor de edad

La suscrita Magistrada se aparta de la decisión mayoritaria proferida en el asunto referenciado, mediante la cual se resuelve confirmar la decisión de primera instancia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con funciones de

conocimiento, adoptada durante el desarrollo de la audiencia de Juicio Oral del 6 de agosto de 2019, por las siguientes razones:

Inicialmente se determina que la Fiscalía realizó una solicitud para que se introduzca como prueba de referencia las entrevistas rendidas por la menor víctima, con base en el artículo 438 numeral 5° de la Ley 906 de 2004, la cual fue despachada de manera negativa por parte del señor Juez de Conocimiento.

Lo anterior dio lugar a que el señor Fiscal interpusiera recurso de apelación, al cual no se accedió porque a criterio del juzgador la negación probatoria constituye una orden de trámite y por ende no es pasible de la interposición de recursos. Esta decisión fue debatida por el Delegado del Ministerio Público quien aclaró al señor Juez acerca de la procedencia del debate en segunda instancia dado el carácter de la orden, pese a lo cual aquel se mantuvo en su postura y requirió al señor Fiscal para que presentara en juicio a su siguiente testigo, a lo cual adujo dicho Delegado que desistía de la práctica de la otras pruebas las que tendrían como base las entrevistas de la víctima.

De manera inmediata el Ministerio Público, intervino para requerir la nulidad de lo actuado, por dos razones básicamente, en la primera expresa su inconformidad con el análisis expuesto por el juzgador, al negar la prueba ya que la causa invocada por la Fiscalía para solicitar la prueba de referencia es autónoma y objetiva derivada de la minoría de edad de la víctima testigo, por lo cual no requiere que se

acredite una condición sobreviniente para su decreto y la segunda porque al negarse su práctica procede el recurso de apelación conforme lo requirió el señor Fiscal.

El señor Juez negó la nulidad, y al elevarse la impugnación correspondiente por quien la requirió, se resuelve por la Sala mayoritaria apoyando tal negativa, posición que no comparto porque el Delegado del Ministerio Público que requiere la declaratoria de la nulidad, no convalidó la causa de vulneración del derecho al debido proceso, que tiene que ver con la negativa a conceder el recurso de apelación que es procedente.

El solicitante de la nulidad, actúa en este caso en representación de los intereses de la víctima menor de edad y de la sociedad conforme a sus competencias, las que se fijan en la Ley 906 de 2004, inicialmente con el artículo 109 que le exige intervenir cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, lo que se complementa con la regulación funcional que se realiza a través del artículo 111, para entre otras facultades, actuar en primer lugar como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, que implica procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia, y velar también por la garantía de los derechos al debido proceso y defensa.

En segundo lugar la ley le exige actuar como representante de la sociedad, para velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el

proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado.

Y no cabe duda que el Delegado del Ministerio Público cumpliendo a cabalidad con su misión legal, actuó en defensa de los derechos y garantías de la víctima quien reúne varias condiciones de vulnerabilidad por ser mujer, menor de edad y ser explotada sexualmente en actividades de prostitución, a quien además se vulneró su derecho a un debido proceso para hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, al no haberse designado por parte de la Fiscalía un abogado que representara sus intereses o porque el juzgador no citó o al menos no se registra en el trámite de la audiencia a sus representantes legales y a un defensor de familia del ICBF, tal como lo exigen la Ley 906 de 2004 en sus artículos 11 literal h y 137-5, al igual que la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), según las normas que adelante se citará.

Olvidaron los funcionarios judiciales a cargo del proceso iniciado con ocasión de un delito sexual en el que es afectada una menor de edad, aquel principio *“pro infans”* que exige velar por su bienestar, conforme se estipula en nuestra Carta Política cuando impone en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños, ante el hallazgo de tensiones que confronten estos con los de otros intereses procesales, buscando el bienestar integral del menor, como así lo expone la CIDN en el artículo 3° que exige *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”* y que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social,*

los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En este sistema jurídico, forma parte inexorable lo normado en el CIA que debe aplicarse de manera imperativa y no optativa durante el trámite de un proceso en el que las víctimas son menores de edad y además mujeres.

Es así como se encuentra en primer término el artículo 12 del CIA que fija como uno de sus principios a la hora de aplicar dicho estatuto, el de PERSPECTIVA DE GÉNERO, que es enunciado en los siguientes términos:

“Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad”.

Más adelante encontramos el artículo 192 que establece los derechos especiales de los NNA víctimas de delitos, en los siguientes términos:

“En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”.

Establece también el artículo 193 que cualquier “*autoridad judicial*” debe cumplir las siguientes obligaciones:

“(…)

2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

(…)

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

(…)

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.

13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones”.

A su vez, el artículo 195, enuncia, en cuanto a las facultades del defensor de familia en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un NNA, “*podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes*”.

Ausentes estuvieron durante la audiencia de juicio oral, los padres de la menor víctima o un abogado así sea designado de manera oficiosa, para que velaran por sus intereses.

En esa medida, quedaba la víctima sin voz procesal ante el trámite totalmente ilegal que se adelantó en la audiencia de juicio oral, cuando no estuvieron presentes ni sus padres ni un asesor legal, mucho menos un delegado del ICBF, para defender sus derechos especialmente el de acceso al Administración de justicia, que implica la negativa del recurso de apelación que era totalmente procedente, a fin de que se introdujeran sus entrevistas como prueba de referencia.

Desconoce el juzgador, el derecho que le asistía a la Fiscalía de apelar la decisión sobre la prueba de tipo negativo, y que permitía velar por los derechos de la víctima, cuando la Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de julio de 2016, radicado No. 47469 con ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, fijó el criterio definitivo acerca de la procedencia del recurso de apelación para este tipo de decisiones.

De esa forma, ante la prevalencia de los derechos de la víctima en confrontación con los procesales que se basan en una decisión ilegal del juez, no puede acudirse a criterios de residualidad y de convalidación, pues ni el recurso de queja que pudo haber invocado el señor Fiscal, admitiría un saneamiento procesal ni el Ministerio Público propició tal afectación como para concluir que dicho interviniente

convalidó la irregularidad de tipo sustancial que causaría un detrimento total a la práctica probatoria para demostrar la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal, cuando además como consecuencia el señor Fiscal optaría por no presentar en juicio las otras pruebas que tendría como base las entrevistas de la víctima.

Es tal la vulneración del derecho al debido proceso, que la existencia de un mecanismo como lo sería la presentación del recurso de queja, no sanearía la irregularidad, y más cuando estaría en entredicho si el Delegado del Ministerio Público podría acudir a dicho trámite en virtud de que la solicitud inicial del recurso fue presentada por la Fiscalía y no por dicho interviniente.

Igualmente encuentro vulneración del derecho al debido proceso cuando hay falta de motivación en la decisión del señor Juez, que simplemente niega el recurso sin dar mayor explicación a la de determinar que su orden es de trámite, dejando de lado la línea jurisprudencial y la normatividad que en amplitud hace referencia a la procedencia del mismo.

Concluyo en consecuencia que ante la vulneración del derecho al debido proceso de la víctima mujer menor de edad, debió corregirse la irregularidad sustancial dando aplicación al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, y decretarse la nulidad.

Dejo así sentada mi posición frente a la decisión mayoritaria.

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada