El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Auto – Decide apelación decisión de no acceder a nulidad - 03 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66170 60 00 091 2013 01320 01

Acusado: CRISTIAN DAVID LÓPEZ LÓPEZ

Delito: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: NIEGA NULIDAD / APELACIÓN / SE CONFIRMA LA PROVIDENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA /** “Sin embargo se advierte que en atención al decreto de pruebas del proceso, no resulta procedente invocar la declaratoria de nulidad del proceso en los términos invocados por la delegada de la FGN, ya que en este caso no se cumple con uno de los correctivos que operan en materia de declaratoria de nulidad, como lo es el llamado principio de trascendencia, invocado por la juez de conocimiento para negar la petición de la fiscal recurrente, sobre el cual se ha dicho en la doctrina pertinente 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. No basta con denunciar irregularidades o que estas 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 en el caso concreto.

En atención a lo expuesto anteriormente, la Sala considera que la delegada de la fiscalía no cumplió con la carga argumentativa de demostrar cuál era la trascendencia de la omisión en que se incurrió al no haber sido designado un apoderado para representar los intereses del menor JJLV, a efectos de que asumiera su vocería en el juicio que se adelanta contra el señor Cristian David López López, ni cuáles fueron los efectos negativos que se derivaron de esta situación, ya que además se demostró que la FGN solicitó la práctica de pruebas que fueron decretadas en el proceso, como se explicó en el apartado 5.4 de esta decisión.”

Citación jurisprudencial: CSJ SP del 16 de diciembre de 2008, radicado 30123 / CSJ SP del 6 de marzo de 2013, radicado 40330 /

-------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1007 del tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Pereira, cuatro (4) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 9:00 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, contra la determinación adoptada por el Juez Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, en la audiencia de juicio oral que se adelantó el 25 de enero de 2016, en la cual no se accedió a una solicitud de nulidad elevada por el ente acusador.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.

2.1 En la sesión del juicio oral que se adelantó el 25 de enero de 2016, inicialmente la juez conocimiento le preguntó a María Alejandra Vásquez Aristizábal, madre del menor JJLV, si se le había designado un apoderado para su hijo, conforme al requerimiento que se le hizo en la audiencia preparatoria, o si en su defecto le había hecho tal solicitud a la FGN. La señora Vásquez dijo que no había podido hacerlo porque la fiscal del caso había sido cambiada en dos oportunidades y que no entendía por qué una de las fiscales anteriores no había procedido en ese sentido.

La juez que preside el juicio expuso que la madre del menor había estado presente en la audiencia preparatoria y que en ese acto no existió reconocimiento de la calidad de víctima.

2.2 Seguidamente la delegada de la FGN solicitó que se suspendiera la audiencia, para lo cual expuso lo siguiente:

* Fue asignada a la fiscalía 6ª Local el 4 de enero de 2016, por lo cual no ha actuado dentro del proceso.
* Por error involuntario de los otros fiscales que habían intervenido en el caso, no se solicitó a la Defensoría del Pueblo que nombrara un representante para el menor víctima de los hechos.
* Es factible solicitar la nulidad desde la audiencia preparatoria en este caso, teniendo en cuenta el artículo 137 numeral 3º de la Ley 906 de 2004 y lo dispuesto en el artículo 192 del C.I.A. que contempla los derechos especiales de los niños. Lo anterior pese a que la madre del menor se encuentra presente, ya que no se cumplió lo ordenado en el artículo 196 del citado Código y ese representante podía hacer uso de la facultad de pedir pruebas dentro del proceso.
* Solicita que se decrete la nulidad de la actuación desde la audiencia preparatoria, a efectos de garantizar los derechos del menor afectado, en razón de la situación que refirió.

2.3 Por su parte el defensor expuso lo siguiente:

* Hizo referencia al artículo 458 del CPP que establece el principio de taxatividad en materia de nulidades. Adujo que la delegada de la FGN no precisó el fundamento de la invalidación que solicitó.
* Es claro que este caso no se reconoció la calidad de víctima en el momento procesal oportuno, que era la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo se podía retrotraer la actuación para designar un defensor que representara los intereses del menor afectado.

3. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA.

3.1 La juez de conocimiento consideró que en este caso no se presentaba ninguna de las causales previstas en el artículo 457 del CPP, para decretar la nulidad de la actuación, decisión que además resultaría más gravosa para la víctima.

Igualmente expuso que en aplicación del principio de trascendencia, sólo se debe anular lo que no es posible sanear, por lo cual lo procedente era que la delegada de la FGN, solicitara la designación de un representante de la víctima, para que la asistiera durante el juicio oral.

3.2 La decisión fue apelada por la delegada del ente acusador.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

4.1 Fiscal (recurrente)

* Las víctimas deben ser asistidas por un profesional del derecho que vele por sus intereses.
* El artículo 137 del CPP dice que la representación de la víctima se debe ejercer desde la audiencia preparatoria. Esta norma se debe armonizar con lo dispuesto en el canon 196 del C.I.A.
* El apoderado de la víctima puede coadyuvar la labor de la FGN, solicitando la práctica de pruebas en beneficio del menor afectado.
* En este caso se vulneró el derecho al debido proceso de un menor, cuyas garantías tienen rango prevalente según el artículo 44 de la CP.
* Se debe revocar la decisión de primera instancia, por violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, ya que la víctima no ha contado con representación legal en el proceso, conforme a lo expuesto en precedencia.

4.2 Defensor (no recurrente)

* Pide que se confirme la decisión de primer grado, sustentada en la aplicación del principio de trascendencia que informa la declaratoria de las nulidades.
* La delegada de la FGN interpretó de manera equivocada el artículo 457 del CPP, que sólo se aplica cuando se vulnera el derecho de defensa del acusado. Se trata de una causal taxativa y la petición de la fiscal conduce a retrotraer el proceso a fases ya superadas.
* Se debe aplicar el artículo 27 del CPP como modulador de la actuación procesal, para solucionar el asunto debatido.

5. CONSIDERACIONES LEGALES.

5.1 En el caso *sub lite,* la pretensión de la delegada de la FGN apunta a que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria, ya que no se dio cumplimiento a lo ordenado en los artículos 137-3º del CPC y 196 del C.I.A

5.2 El artículo 137 del CPP, al referirse a la intervención de las víctimas en la actuación penal, dispone lo siguiente en su numeral 3º: *“Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada”.*

El artículo 196 del C.I.A. es el siguiente tenor:

*“Funciones del representante legal de la víctima: ”Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas o adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue y juzgue un adulto por un delito del cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de este, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.*

*Los niños y las niñas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado (a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo”.*

5.3 En el caso en estudio queda claro que para la fecha de la iniciación del juicio oral, al menor JJLV no se le había designado un apoderado de víctimas y por ello la nueva fiscal que compareció al proceso, solicitó que por esa causa se decretara la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria, argumentando que esa omisión afectaba los derechos del citado infante, ya que era necesaria la presencia de ese representante para complementar las solicitudes probatorias de la FGN.

5.4 Inicialmente se debe tener en cuenta que según el acta de la audiencia preparatoria que se celebró el 5 de agosto de 2014, la juez de conocimiento decretó las siguientes pruebas solicitadas por la FGN:

TESTIMONIOS:

*MARÍA ALEJANDRA VASQUEZ ARISTIZÁBAL - Madre del menor JJLV.*

*PEDRO DE JESÚS HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ - Investigador del C.T.I.*

*EDGAR ALFONSO SANTA - Perito en Lofoscopia.*

*ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA: Enuncia todos y cada uno de los mencionados en el escrito de acusación y en el mismo orden. Y enuncia que aportara copia de la sentencia de fecha 9 de abril 2014.*

Seguidamente la juez de conocimiento ordenó la práctica de todas las pruebas solicitadas por la FGN, a excepción de la copia de la sentencia antes mencionada.

5.5 La referencia que se hace sobre la prueba decretada en la mencionada audiencia, tiene notoria relación con la discusión planteada por la recurrente sobre la necesidad de decretar la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria, a efectos de contar con una especie de coadyuvancia o asesoría del apoderado de la víctima para formular solicitudes probatorias en favor de los intereses del menor afectado con la conducta de inasistencia alimentaria que se atribuye a Cristian David López López.

5.6 Sin embargo se advierte que en atención al decreto de pruebas del proceso, no resulta procedente invocar la declaratoria de nulidad del proceso en los términos invocados por la delegada de la FGN, ya que en este caso no se cumple con uno de los correctivos que operan en materia de declaratoria de nulidad, como lo es el llamado principio de trascendencia, invocado por la juez de conocimiento para negar la petición de la fiscal recurrente, sobre el cual se ha dicho en la doctrina pertinente 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. No basta con denunciar irregularidades o que estas 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 en el caso concreto.”[[1]](#footnote-1),*

5.6.1 El criterio antes mencionado resulta conforme con el precedente CSJ SP del 16 de diciembre de 2008, radicado 30123, donde se expuso lo siguiente:

*(…)*

*Además, conforme tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, cuando se pretende con el recurso de casación la nulidad del proceso es imprescindible que el censor señale de manera concreta el error advertido, indicando los fundamentos fácticos y jurídicos que evidencien claramente la razón de su quebranto y los motivos de invalidación, es decir, si la irregularidad obedece a la falta de competencia, a la violación de garantías fundamentales o si se deriva de pruebas ilícitas; amén de acreditar que la anomalía denunciada incidió de manera negativa y decisiva en el sentido del fallo impugnado, lo que obliga a la invalidación de la actuación para restablecer el derecho conculcado.*

*Frente a estas exigencias, si bien es cierto el demandante enuncia como motivo de invalidación del proceso en este asunto, la introducción inopinada de unas pruebas en el juicio oral, resulta inocultable que no desarrolla la censura propuesta, pues a parte de aseverar que todos los documentos relacionados con la diligencia de registro y allanamiento practicada en la residencia el acusado fueron denegados en audiencia preparatoria por el juez de conocimiento y, posteriormente, introducidos al juicio, no demuestra que tal irregularidad en realidad hubiere afectado los derechos al debido proceso y de defensa que proclama conculcados.*

*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…”.* (Subrayas fuera del texto original ).

5.7 En atención a lo expuesto anteriormente, la Sala considera que la delegada de la fiscalía no cumplió con la carga argumentativa de demostrar cuál era la trascendencia de la omisión en que se incurrió al no haber sido designado un apoderado para representar los intereses del menor JJLV, a efectos de que asumiera su vocería en el juicio que se adelanta contra el señor Cristian David López López, ni cuáles fueron los efectos negativos que se derivaron de esta situación, ya que además se demostró que la FGN solicitó la práctica de pruebas que fueron decretadas en el proceso, como se explicó en el apartado 5.4 de esta decisión.

Sobre el tema se debe recordar que en CSJ SP del 6 de marzo de 2013, radicado 40330, se manifestó que: *“…las solicitudes probatorias de las víctimas, como su disenso respecto de las pruebas admitidas a la defensa, son aspectos que debe canalizar a través del ente acusador como su único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertir en el debate oral…”.* Sin embargo en este caso específico la argumentación de la recurrente se quedó en un campo hipotético, al plantear que existía la posibilidad de que la presencia de un apoderado de víctimas en la fase del juicio y más concretamente en la audiencia preparatoria, como lo dispone el numeral 3º del artículo 337 del CPP, había afectado los derechos del menor JJLV, en lo relativo a la solicitud de pruebas para ser practicadas durante el juicio, sin indicar de manera puntual cual fue el perjuicio que se le causó a la víctima, al pretermitirse esa actuación.

5.8 En ese orden de ideas y con base en el precedente y la doctrina antes citada, sobre la aplicación del principio de trascendencia en materia de declaratoria de nulidades, esta Colegiatura considera que le asistió razón a la juez de primer grado al no detectar la nulidad propuesta por la delegada de la FGN, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juez Segundo Penal del Municipal de Dosquebradas, en lo que fue objeto de impugnación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Saray Botero, Nelson .Procedimiento Penal Acusatorio. Uniacademia Leyer. Bogotá 2016. Página 527 . [↑](#footnote-ref-1)