

POSADA BOTERO, JOSÉ DAVID, “La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales”, *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

## **La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales**

*Fact-finding in the civil and penal proceedings and its incidence on the different procedural institutions*

JOSÉ DAVID POSADA BOTERO\*

Fecha de recibo: 30/10/2025. Fecha de aceptación: 16/03/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.2

### **Resumen**

Se examina la manera como el proceso jurisdiccional, tanto de especialidad civil como penal, adquiere los hechos sobre los cuales el juez hará su pronunciamiento en la sentencia. Se identifican dos grupos de hechos: los que requieren ser afirmados en cumplimiento de la carga de afirmación para que pueda predicarse su ingreso al proceso y los que pueden adquirirse por conexidad con los hechos afirmados, sin exigirse su

---

\* Abogado y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Maestro en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT e integrante del grupo de investigación Derecho y Poder de esta Universidad. Correo electrónico: jdposada@eafit.edu.co, <https://orcid.org/0000-0003-1879-4999>

Este es un artículo de reflexión, realizado con fundamento en el proyecto de investigación “La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales”, resultado del periodo sabático concedido en el segundo semestre del año 2023 por la Universidad EAFIT. Proyecto adscrito al grupo de investigación Derecho y Poder de la Universidad EAFIT, en su línea “Derecho, Procesos, Estado y Territorio”.

afirmación expresa. El poder predicar que el hecho fue adquirido por el proceso tiene, entre otros, dos significados; el primero, determinar si la actividad probatoria cumple con el requisito de la relevancia o pertinencia; y el segundo, establecer si la sentencia proferida atiende la regla de la congruencia o no, en el marco del desarrollo del debido proceso y en particular del derecho de defensa. Cuando la sentencia no es congruente, se está frente a una desviación del modelo positivo del proceso, y tal anomalía genera una consecuencia que la Sala Civil y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han tratado de manera diferente en su jurisprudencia.

## Palabras clave

Sentencia, adquisición de los hechos, carga de afirmación, pertinencia, congruencia, sentencia absolutoria, sentencia desfavorable, nulidad.

## Abstract

We examine how in a legal proceeding, both civil and criminal, facts over which the judge will render judgement are collected. We have identified a group of facts that need to be asserted so as to comply with the burden of proof in order to have them accepted in the proceeding, and another group that can be accepted by connection with the asserted facts without requiring express assertion. Saying that the fact has been accepted in the proceeding has two meanings: First, it determines whether the probatory activity complies with the requirements of relevance and pertinence; and second, it establishes whether the judgement rendered complies with the rule of congruence in the framework of due proceeding and particularly the right to defense. When the judgement is not congruent, we have a deviation from the positive proceeding model, an anomaly which will result in a consequence, which in the case law of the Supreme Court Civil and Penal Chambers has been differently treated.

## Keywords

Judgement, fact-finding, burden of proof, pertinence, congruence, judgement for the defendant, unfavorable judgement, nullity.

## Sumario

1. Introducción; 2. Las etapas de la actividad probatoria y en especial la etapa de adquisición de los hechos; 2.1. Etapa de la adquisición; 2.2. Etapa del ofrecimiento; 2.3. Etapa de la depuración; 2.4. Etapa del decreto; 2.5. Etapa de práctica; 2.6. Etapa de asunción; 2.7. Etapa de valoración; 3. La etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos se incorporan al proceso; 3.1. La adquisición de los hechos en el

proceso civil; 3.2. La adquisición de los hechos en el proceso penal; 3.3. Reflexiones sobre la adquisición de los hechos, semejanzas y diferencias en el proceso civil y en el proceso penal; 4. Consecuencias que se derivan en el proceso por la no adquisición de los hechos; 4.1. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso civil; 4.2. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

El presente artículo de investigación tiene por objetivo examinar la manera como el proceso adquiere los hechos que serán objeto de pronunciamiento por parte del juez al resolver el conflicto de intereses en la sentencia. Dichos hechos constituyen el marco dentro del cual debe darse ese pronunciamiento como acto de heterocomposición, en el contexto de los derechos fundamentales al debido proceso —en lo atinente a la garantía del derecho de defensa o de contradicción—, en armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva. Como lo indica la autora Marina Gascón Abellán, si bien el concepto de hecho goza de una aparente claridad, al referirse a este advierte también su complejidad, pues en su sentir “esta forma de hablar, sin embargo, no es del todo exacta, pues el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos”<sup>1</sup>.

La adquisición de los hechos es un aspecto transversal a todos los procesos, independientemente de la naturaleza del litigio que se esté procesando; no obstante, en la práctica se vislumbra un distanciamiento en la forma como se aborda el tema en el proceso penal y en los demás procesos —civil, laboral, administrativo—. Ello ha generado que en el ámbito del proceso penal se den tensiones en la sentencia que tienen su origen en la adquisición e individualización de los hechos que se dan en los actos que tienen dicho propósito: la imputación y la acusación. Por ello, es pertinente ocuparse de su estudio, desde una mirada integral, bajo la teoría general del proceso y las instituciones de la pretensión y la congruencia, con el propósito de identificar cómo es la forma y cuál es la oportunidad para que el proceso adquiera los hechos, tanto en los procesos de naturaleza penal como en los de naturaleza civil.

El artículo, asimismo, analiza cuáles son las consecuencias que se derivan de que el juez, al momento de resolver en la sentencia, pretermita el marco de los hechos que fueron adquiridos —esto es, que profiera un fallo por fuera de la congruencia—, y se aparte del modelo positivo que debe atenderse en la sentencia en lo concerniente a los

---

<sup>1</sup> Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 83.

hechos. Frente a esta desviación se estudian los remedios que se tienen para subsanar tal anomalía y cómo la jurisprudencia ha abordado el tema. En particular, se examina la dualidad que presenta la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito del proceso penal, que si bien frente a la incongruencia en unas ocasiones opta por revocar la decisión y proferir sentencia absolutoria, en otras acoge como solución la invalidación del proceso y declara su nulidad hasta el momento en que la Fiscalía debió cumplir con la carga de afirmación de los hechos para que se enmiende la falencia de la afirmación, actos que corresponden a la imputación y la acusación.

Desde la óptica a través de la cual se desarrolló esta investigación, confluyen dos enfoques: uno de validez, vinculado con el positivismo jurídico, y otro de eficacia o efectividad, relacionado con la sociología del derecho. En lo atinente a la validez, se hace latente analizar el marco normativo que, tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Penal, regulan la adquisición de los hechos y el contenido de la sentencia y establecen las reglas de congruencia que deben atenderse en esta, así como los remedios que se consagran para corregir la infracción que a ella se diere. En lo relativo a la eficacia, se examina y se hace seguimiento a las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, y se revisan las providencias que resuelven eventos de fallos incongruentes desde el punto de vista de los hechos o de la causa fáctica de la pretensión. A su vez, se examina de una manera crítica el alcance de estas.

El desarrollo de este artículo está dividido en tres acápitales. En el primero se analizan las etapas de la actividad probatoria. En el segundo se aborda de manera especial la etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos son adquiridos por el proceso —tanto en el ámbito civil como en el penal—, y se reflexiona sobre los aspectos comunes y diferenciadores entre ambos procesos. Por último, en el tercero se estudian las consecuencias derivadas de la no adquisición de los hechos por el proceso, mediante el abordaje de los remedios que se tienen para subsanar tal anomalía y las diferencias frente al proceso civil y el penal.

## **2. Las etapas de la actividad probatoria y en especial la etapa de adquisición de los hechos**

En el marco del proceso es fundamental abordar dos actividades en torno a los hechos: la que se realiza tendiente a la individualización de los supuestos fácticos que son relevantes, que delimita el tema de prueba, y aquella cuyo objeto es la acreditación

de los hechos. Ambas pueden subsumirse en el concepto actividad probatoria. A su vez, esta tiene lugar en lo que podría denominarse como sus diferentes etapas; en la doctrina son varios los autores que hacen mención a las etapas de la actividad probatoria<sup>2</sup>.

Para el desarrollo del presente artículo, y tomando en cuenta la referencia que hacen los doctrinantes citados en relación con las etapas o periodos de la actividad probatoria, se formula el siguiente planteamiento sobre lo que serían estas etapas, con el fin de precisar los distintos momentos en los cuales los enunciados de hecho y su prueba se proyectan en la secuencia propia de la actividad procesal: adquisición, ofrecimiento, depuración (inmaculación), decreto, práctica, asunción, valoración parcial y valoración imparcial, todas ellas predicables tanto en el marco del proceso civil como del proceso penal. Además, resulta necesario adicionar, para el proceso penal, una etapa previa consistente en la investigación y el aseguramiento, que incide en lo relativo a la adquisición de los hechos en el acto de imputación.

Con el propósito de identificar el quehacer en cada una de estas etapas, se hará referencia a ellas:

## **2.1. Etapa de la adquisición**

Se refiere al momento en el cual los hechos o enunciados de hecho son adquiridos por el proceso y que, por tanto, se incorporan como parte del tema de prueba. A ello se hará referencia en el siguiente acápite, al ser uno de los temas centrales.

## **2.2. Etapa del ofrecimiento**

Está relacionada con la petición de pruebas que presentan los sujetos activo y pasivo de la pretensión, o, excepcionalmente, los terceros intervinientes facultados para ello. Para tal efecto, se establecen diferentes oportunidades en cada una de las regulaciones procesales.

En el proceso civil, estas corresponden a la demanda, su contestación y el término de traslado de las excepciones de mérito, cuando estas sean propuestas por el demandado. Adicionalmente, durante la práctica de la prueba testimonial, los

2 Véase Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 204-272; Hernán Fabio López Blanco, *Código general del proceso. Pruebas*, tomo 3 (Bogotá, D.C.: Dupre Editores Ltda, 2019), 37-39; Nattan Nisimblat, *Derecho probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación*, 5.a ed. (Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2023), 209 - 228; Anamaría Castellanos Artunduaga, "Admisión, rechazo y decreto de pruebas", en *Derecho probatorio: Desafíos y perspectivas* (Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020), 25-44; Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 4.a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2005), 171-218.

testigos podrán aportar documentos relacionados con los hechos que son objeto de declaración, y las partes podrán solicitar pruebas relacionadas con los hechos sobre los cuales versa la inspección judicial durante su práctica.

En el proceso penal, las oportunidades corresponden al escrito de acusación y a la audiencia preparatoria, actuaciones en las que también deberá darse el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física. Lo anterior, sin perjuicio de otras oportunidades posteriores que atienden a ciertas circunstancias particulares, como lo son los eventos en los cuales sería procedente aceptar la prueba sobreviniente (artículo 344 del C. de P. P) y la prueba de refutación (artículo 362 del C. de P.P.).

### **2.3. Etapa de la depuración**

En esta se han de precisar aquellos hechos con los que no se va a requerir adelantar actividad probatoria para su acreditación, en consideración a que son admitidos por las partes y el juez los declara probados. Esto puede ocurrir tanto en el marco del proceso civil como en el del proceso penal, tal como lo establecen los ordenamientos procesales. En el proceso civil, se consagra expresamente como una de las etapas de la audiencia inicial del proceso verbal o de la audiencia única del proceso verbal sumario, en el numeral 7 del artículo 372 del C. G. P. al indicar:

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieren ser probados.

En el proceso penal, es uno de los aspectos que debe considerarse en el desarrollo de la audiencia preparatoria, regulado en el numeral 4 y parágrafo del artículo 356 del C. de P. P. que establece: "4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. (...) PAR. —Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias".

### **2.4. Etapa del decreto**

Atendiendo el *iter* de la actividad probatoria, sigue el decreto, por parte del juez, de las pruebas que han sido ofrecidas por los sujetos parciales y que pueden ser adicionadas por aquellas que, de oficio, considerase el juez procedente en los

ordenamientos en los cuales se consagra la prueba de oficio. Es en esta etapa donde el juez debe examinar el cumplimiento tanto de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia, utilidad y licitud) como extrínsecos (oportunidad, formalidad, competencia o capacidad y legitimación). El decreto podrá consistir bien en la orden de incorporar la prueba o de practicarla. Lo primero se dará frente a la prueba documental aportada (cuando no se requiera cumplir con una formalidad adicional para su incorporación como ocurre en el proceso civil mas no en el proceso penal al exigirse en este que los documentos deban ser leídos, exhibidos o proyectados para ser conocidos por todos los intervinientes en la audiencia, tal como lo establece el artículo 431 del C. de P.P., lo cual lleva a la siguiente etapa: la práctica de la prueba). Lo segundo se da frente aquellos medios de prueba que comportan la realización de una serie de actividades en la oportunidad establecida para ello que permitan predicar su producción, como ocurre con el testimonio o la inspección judicial, entre otros.

## **2.5. Etapa de práctica**

En esta se llevan a cabo las diferentes actividades que posibiliten la producción de los medios de prueba cuya práctica fue ordenada. Cada proceso tiene establecida una oportunidad para ello. En el proceso civil, tratándose de los procesos de conocimiento, será en la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso verbal o en la audiencia única del proceso verbal sumario (artículo 373 y 392 del C. G. del P.). En el proceso penal será en la audiencia del juicio oral (artículo 374 C. de P.P.).

## **2.6. Etapa de asunción**

Es una etapa que se da de manera concomitante con la etapa de práctica de la prueba. Se caracteriza porque en ella el juez desarrolla el proceso de interiorización del resultado de la actividad probatoria.

## **2.7. Etapa de valoración**

En esta deben distinguirse de manera secuencial la valoración parcial y la valoración imparcial.

La primera de ellas, la valoración parcial, es efectuada por los sujetos parciales de la pretensión y se da en aquel momento u oportunidad habilitados para que estos presenten sus alegaciones; de allí que también se le denomine *etapa de alegaciones*.

Esta se abre una vez termina la práctica de la prueba y antes de que el juez profiera la sentencia. En ella tiene lugar la labor argumentativa de los sujetos parciales ante el juez, para indicarle cuál o cuáles han de ser las conclusiones sobre la ocurrencia o no de los hechos, a partir del resultado de la prueba incorporada y practicada, de tal manera que manifieste ante el juez si la prueba cumple o no con el estándar probatorio para considerar acreditados los enunciados de hecho que fueron adquiridos por el proceso.

La segunda — la valoración imparcial de la prueba— corresponde al juez como sujeto imparcial y tiene por finalidad determinar si los hechos adquiridos por el proceso, que constituyen el tema de prueba, se encuentran probados o no. Es decir, si la prueba cumple con el estándar probatorio exigido, de tal manera que pueda concluirse que los hechos fueron acreditados, bien sea que se pruebe su ocurrencia o su no ocurrencia —esto es, la prueba del hecho infirmante frente al que se afirma como elemento axiológico de la pretensión o de la excepción de mérito—, o bien porque no se alcance dicho estándar y, por ende, deba acudir a la aplicación de la carga de la prueba como regla de juicio que le permita al juez adoptar una decisión de fondo.

Una vez identificadas las diferentes etapas de la actividad probatoria, en el siguiente acápite se examinará de manera particular lo que se ha denominado etapa de adquisición de los hechos, atendiendo a que uno de los objetivos de este escrito es el de determinar con claridad la manera como los hechos son adquiridos por el proceso.

### **3. La etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos se incorporan al proceso**

En el acápite anterior se hizo referencia a la etapa de la adquisición de la prueba, a aquella en la cual los hechos son adquiridos por el proceso y por tanto ingresan a hacer parte del tema de prueba. Por ello, si bien al hablar de las etapas de la actividad probatoria los autores no hacen mención a la adquisición de los hechos, como se indicaba en el numeral anterior, el hacerlo e incorporarla de manera expresa como una de las etapas de la actividad probatoria contribuye a dar claridad al quehacer probatorio en el proceso. De esta manera, el *iter* de la actividad probatoria adquiere una dimensión de completitud que permite dimensionar de forma adecuada las diferentes fases propias de esta actividad. El no indicar como primera etapa la adquisición de los hechos por el proceso lleva a enunciar las demás etapas sin el insumo principal: los hechos.

Ahora bien, identificada la adquisición como una de las etapas de la actividad probatoria, debe indagarse por la manera como los hechos son adquiridos por el proceso. La respuesta es que ello puede ocurrir de dos formas: por afirmación, en

desarrollo de la carga de afirmación de los hechos que tienen los sujetos parciales, o por conexidad con los hechos afirmados.

Como lo menciona el tratadista Adolfo Alvarado Velloso: “Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: afirmación, negación, confirmación y alegación (o evaluación o conclusión)”<sup>3</sup>. Los dos primeros pasos mencionados por el autor, la afirmación de los hechos y su negación, permitirán que estos sean adquiridos por el proceso; en tanto que el tercer paso se hará a través del ofrecimiento de la prueba, el decreto, la depuración, la incorporación o práctica y la asunción; para terminar con el cuarto paso indicado por el autor, propio de la valoración tanto parcial como imparcial de la prueba. En el mismo sentido se manifiesta el autor Carlos Climent Durán: “La actividad procesal o probatoria de las partes contendientes y la actividad enjuiciadora o valorativa del juzgador se desarrollan a partir de los hechos afirmados o alegados por aquellas”<sup>4</sup>.

A continuación, se abordará el desarrollo de lo concerniente a la adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal. Metodológicamente se considera que lo más adecuado es hacerlo de manera separada, dedicando un acápite propio a uno y otro proceso, analizando en cada uno de ellos tanto la forma como se da la adquisición como los actos procesales destinados para ello. Debe advertirse que, no obstante la metodología acogida, existen elementos que, si bien podrían permitir el desarrollo de este tema de manera común a ambos procesos, ello no sería lo más adecuado al tener presente las particularidades propias de cada proceso. De allí que se aborde el análisis de manera separada.

### **3.1. La adquisición de los hechos en el proceso civil**

Esta parte desarrolla la distinción de los hechos que se adquieren a partir de la actividad de los sujetos parciales, esto es, del sujeto activo y del pasivo de la pretensión. Así mismo, se hará la diferenciación entre aquellos hechos que, para ser adquiridos, deben necesariamente ser afirmados, y aquellos que se adquieren por conexidad con los hechos que son afirmados. Cabe anotar que la circunstancia de que puedan ser adquiridos por conexidad no obsta para que también puedan ser afirmados por los sujetos parciales.

---

3 Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal*, vol. III (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 27.

4 Carlos Climent Durán, *La prueba penal* (doctrina y jurisprudencia) (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999), 70.

### 3.1.1. Hechos que necesariamente deberán ser afirmados

#### 3.1.1.1. Los fundamentos de hecho de las pretensiones

El acto procesal por excelencia para la adquisición de los hechos en desarrollo de la carga de afirmación es la pretensión, contenida a su vez en el acto procesal de la demanda. En ella, el sujeto activo (demandante o pretensor) debe indicar la *causa petendi*, es decir, los hechos o, siendo más rigurosos, debe afirmar, de modo expreso y claro, los enunciados de hecho en los cuales se funda la petición presentada ante la jurisdicción. Esto debe hacerse delimitando con precisión los hechos concretos que dan lugar a la formulación de la pretensión.

En tal sentido, lo expresado por los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto:

El fundamento de la pretensión procesal no es un motivo invocado o no, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya quien la aduce, no para justificarla, sino simplemente para acotarla, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se contrae: lo que permite al juez previamente conocer cuál ámbito particular de la vida es el que la pretensión busca asignarse; la invocación del fundamento opera no como justificante, sino como individualizadora de la pretensión misma. El titular de la pretensión cumple una primera tarea en la individualización de aquella, al delimitarla describiendo no una situación abstracta ideal, sino narrando unos hechos concretos de la vida, hechos que son los fundamentos de la pretensión, no como cimientos en que descansa, sino como muros que la delimiten<sup>5</sup>.

Al hacerse la afirmación de los hechos como fundamento de la pretensión, se está dando cumplimiento a una carga, de tal manera que si no se hiciere, tales hechos no ingresarán al proceso, ya que ningún otro sujeto diferente al sujeto activo se encuentra legitimado para realizar dicho acto procesal. Se cita al tratadista Devis Echandía, quien de una manera bastante clara se refiere a este aspecto:

Desde este punto de vista puede hablarse de carga de la afirmación, por cuanto para la obtención del fin deseado con la aplicación de cierta norma jurídica, la parte debe afirmar los hechos que le sirvan de presupuesto, sin lo cual el juez no puede tenerlos en cuenta, aun cuando aparezcan probados, y también de determinación del tema de prueba por la afirmación de los hechos. Se dice que hecho no afirmado es inexistente para los fines del proceso (a menos que sea secundario o accesorio, o configure una

---

5 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 4.a ed. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 341.

excepción perentoria que el juez deban considerar oficiosamente)<sup>6</sup>.

Normativamente, el artículo 82 del C. G. del P. regula cuál es el contenido de la demanda. En el numeral 5 establece: “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”.

### **3.1.1.2. El fundamento de hecho de las excepciones de mérito propias**

La contestación de la demanda es un acto procesal a través del cual también se logra la adquisición de hechos por el proceso. Este acto puede contener hechos que se adquieren solo por afirmación que serían excepciones de mérito propias; y otros que, independiente de que sean afirmados o no, tendrán la vocación de ser adquiridos por conexidad con hechos que hayan sido afirmados, los hechos infirmantes y las excepciones de mérito impropias.

En la contestación de la demanda, el sujeto pasivo o demandado puede proponer excepciones de mérito. La formulación de estas comporta la manifestación de hechos nuevos, generadores de hechos sustanciales, “que tiene una relación negativa con los hechos fundantes de la pretensión en tanto que disminuye, modifica o destruye los efectos jurídicos de estos últimos”<sup>7</sup>.

Es necesario tener presente la distinción entre excepciones de mérito propias e impropias. Las primeras solo podrán ser adquiridas por el proceso y, por ende, harán parte del tema de prueba, si son afirmadas. Las segundas, esto es, las impropias, no requieren ser afirmadas por el sujeto pasivo para que sean adquiridas por el proceso; aun sin haber sido afirmadas el juez podrá reconocerlas oficiosamente.

El artículo 282 el C. G. del P. establece cuáles son las excepciones de mérito propias al hacer referencia a la resolución de las excepciones. Indica que para reconocer la prescripción, la compensación y la nulidad relativa se requiere que el demandado las haya alegado al contestar la demanda. Por ende, los hechos que permiten alegarlas o que las soportan deberán ser individualizados y afirmados en dicho acto, para que así puedan ser adquiridos por el proceso, mediante la manifestación del sujeto pasivo de la pretensión.

---

6 Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 180.

7 Alberto Ceballos Velásquez, “El tema de decisión”, *Temas procesales* 21 (1997): 77.

### **3.1.2. Hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos que fueron enunciados de modo expreso**

Debe advertirse que si bien se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos en relación con los cuales se exige la carga de afirmación, nada obsta para que estos a su vez sean debidamente afirmados. Se podría pensar que una adecuada actitud por parte de los representantes de los sujetos parciales en el proceso conllevaría que estos sean afirmados de acuerdo con el interés que asista a cada uno de ellos en lograr su prueba en el marco del proceso, pero ha de destacarse que, de no ser afirmados, su adquisición se dará por conexidad con los afirmados.

#### **3.1.2.1. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto activo de la pretensión**

##### **3.1.2.1.1. Premisa fáctica en los casos de facultad para emitir sentencia *extra petita* o *ultra petita* por *causa petendi***

En el ordenamiento procesal civil se faculta al juez para proferir fallos *extra petita* y *ultra petita*. Ello sucede en los asuntos de familia cuando se requiera para brindar protección a la pareja, a los niños, a personas discapacitadas o de la tercera edad, y en asuntos agrarios cuando una de las partes goce de amparo de pobreza. Estos eventos están especialmente mencionados en los parágrafos 1 y 2 del artículo 281 del C. G. del P. Igualmente, cuando se objeta el juramento estimatorio, puede el juez reconocer una cantidad superior a aquella que fue estimada bajo juramento (inciso 5 del artículo 206 del C. G. del P.). Como consecuencia lógica de esta facultad, los hechos que den lugar a las mencionadas decisiones podrán ser adquiridos por conexidad, sin ser determinante que hayan sido afirmados.

##### **3.1.2.1.2. Premisa fáctica de las declaraciones consecuenciales legales**

Existen algunos supuestos frente a los cuales el legislador establece para el juez el deber de pronunciarse más allá del objeto de la pretensión formulada, en asuntos que están relacionados con la pretensión o pretensiones formuladas y que tienen una relación de dependencia con ella. Esto implica que la declaración positiva del enunciado legal principal permite al juez pronunciarse sobre dichos

aspectos consecuenciales, hayan sido o no solicitados por el demandante. Es el caso del reconocimiento de las prestaciones o restituciones mutuas, establecido en los artículos 1546, 1746 y 1932 del Código Civil colombiano. Del mismo modo ocurre en las pretensiones de nulidad de matrimonio civil, divorcio, separación de cuerpos y cesación de efectos del matrimonio católico, pues una vez formuladas, y cuando prosperan, obligan al juez a pronunciarse —independientemente de que se haya solicitado o no por el sujeto activo de la pretensión— sobre los siguientes aspectos: el cuidado de los hijos, alimentos a favor de los hijos (o del cónyuge, dado el caso), así como sobre la titularidad de la patria potestad, tal como lo establece el artículo 389 del C. G. del P. En consecuencia, los elementos fácticos que dan lugar al reconocimiento de estas peticiones tienen la vocación de ser adquiridos por conexidad, independientemente de si han sido o no afirmados.

### **3.1.2.2. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto pasivo de la pretensión**

#### **3.1.2.2.1. Supuesto de hecho de las excepciones de mérito impropias**

Ya se hizo mención de los supuestos fácticos de las excepciones de mérito propias, que necesariamente deben alegarse en el acto procesal de contestación de la demanda. En dicho acto, además, deben afirmarse los hechos que dan lugar a ellas. Pero la misma norma, esto es el artículo 282 del C. G. del P., indica: “cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”. Por tanto, los hechos que sustentan las excepciones de mérito impropias podrán ser adquiridos por conexidad, aunque no hayan sido afirmados por el sujeto pasivo de la pretensión.

#### **3.1.2.3. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la pretensión**

##### **3.1.2.3.1. Hechos infirmantes**

Son aquellos con los cuales se logra acreditar que el hecho que es afirmado no

ocurrió u ocurrió de una manera diferente. Con ellos se demuestra que lo que se afirmó como sucedido en realidad ocurrió de una manera diferente o no ocurrió. Su prueba atrae necesariamente un juicio negativo relativo a la prueba del hecho fundante de la pretensión o de la excepción de mérito; por tanto, su acreditación puede favorecer tanto al sujeto pasivo —como lo sería en el primer evento—, como al sujeto activo —como lo sería en último caso—.

Una de las regulaciones que permite explicar este supuesto es la consagrada en el n.º 2 del artículo 96 del C.G. del P., cuando establece para el sujeto pasivo de la pretensión el deber de pronunciarse de manera expresa y concreta sobre los hechos de la demanda (debería decir *de la pretensión*) e indica entre estos “los que se niegan”, caso para el cual deberá señalar las razones de su respuesta, que consistirán precisamente en que el hecho no ocurrió u ocurrió de una manera diferente. No obstante lo que se acaba de mencionar, nada impide que en el curso del proceso, y propio de la actividad de práctica de la prueba, se logre probar un hecho infirmante, así este no haya sido afirmado antes en alguno de los actos procesales destinados para ello, como podrían ser la contestación de la demanda, tal como se indicó, o la respuesta al traslado de las excepciones de mérito propuestas por el demandado, que debe darse al demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 370 del C.G. del P. Ese hecho infirmante que resulta probado, así no haya sido afirmado, se podrá adquirir —tal como se ha manifestado— por conexidad con hechos ya afirmados.

### 3.1.2.3.2. Los hechos circunstanciales o indicadores

Ha de advertirse que si bien los hechos circunstanciales o hechos indicadores no configuran la causa fáctica de la pretensión, sí serán presupuesto para que, a través de la prueba indirecta, prueba por indicios, se logre acreditar la existencia de hechos principales o hechos indicados. De allí que estos integran o hacen parte del universo de hechos del tema prueba en el proceso. En relación con estos ha de plantearse si sobre ellos existe la carga de afirmación o si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad. Al respecto se incorpora la siguiente mención explícita encontrada en la doctrina: “cuando el hecho es accesorio, en el sentido de que el mismo no es determinante de la causa a pedir alegada por la parte, nada se opone que el juez de oficio pueda apreciar su existencia”<sup>8</sup>.

### **3.1.3. El caso de los hechos sobrevinientes (hay eventos en los que deben ser afirmados para ser adquiridos y otros en los que se adquieren por conexidad)**

Consagrados en el inciso 4 del artículo 281 del C. G. del P., los hechos sobrevinientes pueden beneficiar tanto al sujeto pasivo como al activo de la pretensión. Estos podrán ser modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio. Se denominan sobrevinientes al darse su ocurrencia con posterioridad a la presentación de la demanda en relación con aquellos que son favorables al sujeto activo o a la contestación de la demanda en lo atinente al sujeto pasivo. Respecto a su forma de adquisición, podrá haber hechos que deban alegarse, ello implica que deba cumplirse con la carga de afirmación para que sean adquiridos por el proceso. Otros, en cambio, pueden ser considerados de oficio por el juez y, por ende, se pueden adquirir por conexidad con hechos ya afirmados.

Con el propósito de identificar uno u otro caso, se ejemplifica a partir de lo que serían hechos constitutivos de agravamiento o disminución del daño causado en el marco de los procesos de responsabilidad civil: cuando se trate de un hecho sobreviniente que constituya el agravamiento del daño —lo cual favorece al sujeto activo de la pretensión—, este deberá ser alegado por el demandante para que sea adquirido por el proceso, ya que para tal evento existe la carga de afirmación del tal hecho. En cambio, cuando se trata de un hecho sobreviniente que comporte una disminución del daño —lo cual ha de beneficiar al sujeto pasivo de la pretensión—, el juez podrá considerarlo de oficio por ser constitutivo de una excepción de mérito impropia, independiente de que sea o no afirmado por el demandado.

Una vez analizada la forma de adquisición de los hechos en el proceso civil, y la individualización de los diferentes supuestos, se pasará a realizar idéntico análisis en el ámbito del proceso penal, atendiendo la misma línea de trabajo que se utilizó para el desarrollo de este acápite.

## **3.2. La adquisición de los hechos en el proceso penal**

A continuación, se abordará el estudio de la adquisición de los hechos en el ámbito del proceso penal, siguiendo la línea de lo manifestado hasta ahora en relación con la forma como en el proceso se adquieren los hechos; esto es, la exigencia de la carga de la afirmación para unos, en tanto que para otros se dará por su conexidad con los hechos afirmados.

### 3.2.1. Hechos que necesariamente deben ser afirmados

#### 3.2.1.1. Los hechos jurídicamente relevantes de la imputación y de la acusación

En el desarrollo de este tópico se encuentra una sola categoría, pero esta comporta la particularidad de que la carga de afirmación debe cumplirse en dos actos procesales: la imputación y la acusación, siendo esta última contentiva de la pretensión punitiva.

Con el fin de contextualizar la actividad de la adquisición de los hechos en el proceso penal y teniendo presente que en este también se da la formulación de la pretensión, es pertinente iniciar replicando lo dicho por el autor español Climent Durán en el texto *La prueba penal*, donde, además de referirse al proceso penal, destaca la unidad propia del derecho procesal, independientemente de la especialidad o ámbito del derecho en el cual se aplique:

cuando se habla de hechos alegados o afirmados por las partes se puede estar haciendo alusión a todo tipo de procesos, tanto los de naturaleza civil como los de carácter penal, contencioso-administrativo o laboral, pues en cada uno de ellos se precisa la alegación de hechos como soporte fáctico (*causa petendi*) de la pretensión ejercitada<sup>9</sup>.

Ello mismo se refleja en lo expresado por los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, en su texto *Teoría general del derecho procesal*:

La pretensión procesal penal es el acto de voluntad mediante el cual, un particular, un funcionario público o el Estado en general, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado<sup>10</sup> o acusado por razón de un hecho también determinado.

La pretensión punitiva está dirigida contra el acusado por conducto del acusador, titular del *ius puniendi* y se ejerce ante el juez que tiene la jurisdicción. La así denominada

---

9 Climent Durán, *La prueba penal*, 72.

10 Debe tenerse presente, para una adecuada precisión del texto citado, que la imputación no es una pretensión, es un acto del fiscal, formalizado por el juez de control de garantías, en virtud del cual la Fiscalía vincula a la etapa preprocesal denominada fase previa de investigación a una persona vinculada a circunstancias de hecho que permiten inferir la posible comisión de un hecho delictuoso y su correspondiente responsabilidad. La imputación convierte al imputado en sujeto pasivo de una investigación, así en la imputación no hay formulación de pretensión alguna. La formulación de la pretensión (la acusación) es un resultado contingente del preproceso investigativo, así como lo es también la preclusión; la pretensión punitiva está contenida únicamente en el escrito de acusación.

pretensión punitiva busca el sometimiento del culpable a la pena.

*La pretensión punitiva no difiere del modelo clásico de pretensión.* El acusador a veces es el Estado por medio de un funcionario cuya denominación más común es la de fiscal. Otras veces los delitos serían disponibles y el *ius puniendi* estaría confiado a la autonomía privada<sup>11</sup>. [Cursiva fuera de texto].

Se observa que ambas citas hacen alusión a que en el proceso penal la pretensión es un acto que hace parte de su estructura y por tanto es medular al hablar de este. El tener claridad de que la pretensión es un acto necesario en el proceso penal permite afirmar la necesidad de individualizar los hechos que configuran la causa fáctica de la pretensión, labor que corresponde a la Fiscalía como sujeto activo de la pretensión punitiva.

La legislación procesal penal en el Código de Procedimiento Penal se refiere a los hechos con el denominador de “hechos jurídicamente relevantes”, al regular el contenido tanto del acto de la imputación como el de la acusación. En el numeral 2 del artículo 288 del C. de P. P., cuando se refiere al contenido de la imputación, se advierte: “2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, (...)”; y, así mismo, el numeral 2 del artículo 337 del C. de P. P. al indicar el contenido de la acusación, establece: “2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”.

Ahora, es pertinente precisar cuál es el alcance del concepto de hechos jurídicamente relevantes. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del tema, en la Sentencia 3168 de 2017, con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en la cual se hace mención a estos de la siguiente manera:

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

(...)

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales.

Por tanto, los hechos jurídicamente relevantes corresponden a aquellos que están llamados a constituir la *causa petendi* de la pretensión punitiva formulada en

---

11 Quintero y Prieto, Teoría general del derecho procesal, 357.

el ámbito del proceso penal, los cuales deberán ser afirmados por la Fiscalía<sup>12</sup>, como sujeto parcial encargado de la investigación. Dicha afirmación debe cumplirse en dos momentos atendiendo la naturaleza del proceso penal: en un primer momento, al formular la respectiva imputación, y en un segundo momento, al formular la acusación, siendo este último el acto en el cual se formula la pretensión punitiva.

Debe destacarse que en el ámbito del proceso penal<sup>13</sup>, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, no se tiene solo un acto para que por parte de la Fiscalía, como sujeto activo de la pretensión, se efectúe la afirmación de los hechos en el proceso. Esta debe hacerse en dos actos en armonía con las diferentes etapas que se tienen establecidas en la actuación y en el proceso penal (esto es la indagación preliminar, la investigación y el juicio). La afirmación de los hechos para que efectivamente sean adquiridos por el proceso debe realizarse en la imputación y la acusación, actos diferentes para lo cual se tienen oportunidades distintas.

Ello lleva a que, para abordar lo atinente a la forma y a los momentos propios para la adquisición de los hechos en el proceso penal, se deba tener presente el carácter progresivo de la actuación penal, con la exigencia de hacerlo en dos actos diferentes, esto es, la imputación y la acusación. Esto se establece en desarrollo de la implementación de la potestad de configuración normativa por parte del legislador, en aplicación del principio de legalidad de formas y procedimientos en el proceso penal.

El primer momento es la imputación que antecede la formulación de la pretensión punitiva. Se trata de un acto necesario que vincula al imputado a la investigación, en la que la Fiscalía afirma los hechos que, de acuerdo con la averiguación por ella adelantada, deben comunicarse al imputado, siempre que sobre su existencia haya evidencia que permita reunir un grado de probabilidad de inferencia razonable. En segundo lugar, ante la existencia de evidencia o información que en relación con los hechos permita enunciarlos con un grado de probabilidad de verdad, se debe

---

12 Debe hacerse la precisión que esta referencia corresponde al proceso penal regulado de manera original por el C. de P.P., pues adicional a este existe el procedimiento penal especial abreviado que fue establecido por la ley 1826 de 2017, que adicionó al C. de P. P. los artículos 534 y siguientes. En esta ley, se consagra el procedimiento mencionado y se regula la figura del acusador privado, con una aplicación limitada a las conductas punibles indicadas en el artículo 10 de dicha ley que corresponde al artículo 534 adicionado al C. de P.P., en el cual el acusador privado tiene la legitimación para formular la pretensión punitiva cuando se ha presentado la conversión de la acción penal pública a privada.

13 Lo dicho corresponde al proceso penal regulado originalmente en el C. de P.P., tal como se advierte en la nota anterior la ley 1826 de 2017 consagra y adiciona a este un procedimiento penal especial abreviado, en el cual no existe la imputación como acto procesal autónomo y se establece como sucedáneo de este acto el traslado del escrito de la acusación.

formular el acto de acusación. Este es un acto complejo, ya que no se agota con la presentación del escrito de acusación, sino que además requiere que en el transcurso de la audiencia destinada a tal fin, la Fiscalía presente la acusación de forma oral —lo cual se exige en desarrollo y en el contexto del sistema oral que rige el proceso penal en Colombia—. Por último, debe advertirse que durante dicha audiencia la acusación presentada por escrito podrá ser aclarada, adicionada o corregida.

De otro lado es pertinente preguntarse qué implica o comporta decir que la actuación penal tiene un carácter progresivo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre lo que significa el carácter progresivo de la actividad que se da en el proceso penal. La Corte Constitucional se refiere de la siguiente manera:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) *su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos*<sup>14</sup>. [Cursiva fuera de texto].

En la doctrina, los tratadistas Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, en su texto sobre el proceso penal, también dan cuenta de la progresividad cuando indican:

Pero justamente la noción de probabilidad de verdad sobre la existencia de la conducta y la autoría muestra que la acusación tampoco es inmutable. Lo que ocurre es que existe un límite temporal para que el fiscal introduzca elementos nuevos. Este límite no es precisamente la acusación sino el momento de exposición de la llamada teoría del caso (art.371 CPP) y de la tipificación específica de la conducta, al culminar la audiencia (art. 443 CPP). En efecto, antes de estos puntos hay diversas alternativas que posibilitarían discusiones sobre el objeto del juicio oral y, por ende, de una

---

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; enero 27 de 2010).

transformación de la acusación.

(...)

Aclaremos, entonces, que la acusación es un acto complejo, integrado también por las adiciones del juicio oral. El único límite se presenta precisamente en el desarrollo del juicio, en la medida en que no puede modificarse la acusación sobre temas no discutidos y no controvertidos en el juicio oral, lo anterior con el fin de preservar el derecho de defensa y el debido proceso<sup>15</sup>.

Sobre el alcance de lo planteado por los autores antes mencionados —según el cual pueden introducirse nuevos elementos fácticos al exponer la teoría del caso y la tipificación de la conducta al presentarse las alegaciones en la audiencia—, debe cuestionarse si en realidad es una oportunidad adicional para afirmar nuevos hechos o circunstancias de los hechos, o si, más bien, se han de concebir como un espacio para que, en desarrollo de un sistema oral, se comuniquen de nuevo los hechos que ya habían sido adquiridos por el proceso mediante la acusación, pero que deben ser reiterados de forma verbal en la audiencia del juicio oral como expresión de una garantía frente al acusado, en desarrollo de haber acogido el sistema oral como forma de expresión y, por lo tanto, de comunicación de los actos procesales.

Por ende, en el primer momento mencionado (la exposición de la teoría del caso), lo que se busca es permitir que el procesado tenga claridad, directamente o a través de su defensor, de cuáles son los elementos fácticos que se le están atribuyendo. Para el segundo momento (el de las alegaciones finales), el propósito es que la Fiscalía indique los hechos que considera se han probado. Esto redundará en que, al darse la palabra a la defensa, el ejercicio argumentativo atienda con mayor precisión la facultad de controvertir lo que en concepto de la Fiscalía se acreditó, pero circunscrito y limitado a los hechos que fundamentan la acusación y la teoría del caso presentada, no en nuevos hechos que fueren allí afirmados. Sobre este aspecto, Binder advierte: “la doctrina que sostiene que la acusación se completa recién con los alegatos es errónea y contraria al principio acusatorio”<sup>16</sup>. En tal sentido, se está ante dos actos diversos, con propósitos distintos, que se producen en momentos diferentes de la audiencia de juzgamiento, pero que el carácter de la progresividad del proceso exige que sean coherentes.

Es así como los hechos jurídicamente relevantes, que corresponden a los

---

15 Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, vol. I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 838.

16 Alberto Binder, *Derecho procesal penal*, vol. VI (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018), 348.

fundamentos de hecho de la pretensión punitiva, deben afirmarse tanto al momento en que se presenta la imputación por parte de la Fiscalía como en la formulación de la acusación. Son dos oportunidades distintas, que ocurren antes jueces diferentes y en etapas diferentes de la actuación penal. La primera se da en la etapa de investigación ante el juez de control de garantías. La segunda se da en la etapa del juicio ante el juez de conocimiento, y requerirá sin excepción alguna estar precedida de la primera, esto es de la imputación. Las premisas de hecho que apoyan la imputación son antecedentes necesarios de los fundamentos de hecho que apoyan la acusación. El hecho de la imputación precede al hecho de la acusación. En ambos actos, deberán ser afirmados los hechos jurídicamente relevantes. Si no son afirmados no ingresan al proceso y el juez al proferir sentencia no los podrá tener como fundamento de la decisión, así la actividad probatoria permita concluir que están debidamente probados.

Al hablar de la progresividad en la actuación penal, surge una pregunta: ¿es posible que, al momento de formular la acusación por parte de la Fiscalía, los hechos que se individualizaron en la imputación puedan variar? Este es un tema que ha sido analizado de manera amplia y precisa por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 2042 de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar). Según lo planteado en la decisión antes mencionada deben distinguirse tres tipos de situaciones fácticas para dar respuesta a la pregunta. Estas situaciones son las siguientes: las relativas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la calificación jurídica; las que suponen cambios favorables al procesado; o las que implican cambios desfavorables al procesado.

En torno al primer supuesto, esto es, cuando se trata de circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la calificación jurídica, se dice que en la audiencia de acusación pueden hacerse precisiones de los hechos relativas a estas, siempre y cuando no sean constitutivas de una adecuación a un tipo penal más gravoso, o que comporten circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, entre otras.

Sobre el segundo supuesto, esto es, cuando se trate de circunstancias fácticas que representan cambios favorables al acusado, se indica que bien pueden eliminarse circunstancias genéricas o específicas de agravación, o incorporar hechos que configuren circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad no afirmadas hasta ese momento (ha de tenerse presente que en este evento no se trata propiamente de una adición a los hechos jurídicamente relevantes, pues al tratarse de hechos favorables al acusado, estos podrán ser adquiridos por conexidad

y, por lo tanto, ser tenidos en cuenta por el juez al proferir la sentencia, sin que dé lugar a afectar la congruencia), o suprimir hechos que lleven a que la conducta se adecue a un tipo penal menos grave, siempre y cuando con ello no se genere indefensión.

El tercer supuesto, el más delicado, es el de la inclusión en la acusación de hechos que sean desfavorables al procesado, esto es, que hagan más gravosa su situación. Para abordar este aspecto, la Corte distingue tres eventos:

El primero de ellos es el de la afirmación, por primera vez, de hechos que lleven a atribuir al acusado la realización de nuevos delitos que no podrían inferirse a partir de los hechos afirmados en la imputación. Sobre este punto, la Corte es clara en advertir que no es posible, y que el camino adecuado para incorporar estos nuevos hechos es la adición a la imputación, regulada en el inciso 3 del artículo 351 del C. de P. P.

El segundo evento se presenta cuando se incorporan hechos que darían lugar a la aplicación de un tipo penal diferente "máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad". En tal sentido manifiesta "que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo fáctico de la imputación (...) deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional"<sup>17</sup>, tal como se mencionó, que se encuentra regulado en el artículo 351 del C. de P. P.

Por último, el tercer evento se da cuando en la acusación se afirman por primera vez hechos que son constitutivos de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad. Sobre estos, manifiesta la Corte que, si bien son elementos fácticos que pueden dar lugar a una mayor punibilidad o pueden incidir en la concesión o no de subrogados, si estas circunstancias no modifican la esencia de los hechos afirmados en la imputación, es factible que ingresen al proceso mediante la afirmación que de ellos realice la Fiscalía en el escrito de acusación. Advierte, eso sí, que para garantizar de manera adecuada la defensa, se deberá tener en cuenta dicha adición como un factor que determine un mayor tiempo entre la formulación de la acusación

---

17 En relación con la mención que se realiza en torno a que la imputación es un acto comunicacional, debe precisarse que más que un acto comunicacional, se está frente a un acto complejo, en el cual se emiten dos actos sucesivos, el del fiscal que la formula y el del juez que la homologa. En tal sentido se manifiestan los autores Jaime Bernal y Eduardo Montealegre: "En otros términos, el artículo 286 CPP no puede interpretarse exegéticamente en el sentido de que el acto de comunicación es simplemente dar aviso al procesado de la iniciación del proceso penal. (...) El término comunicación es dar aviso de la iniciación de una etapa procesal, pero el contenido de la audiencia de imputación presupone tener en cuenta criterios sustanciales que apuntan a la protección de derechos fundamentales por medio de la actividad del juez de control de garantías", Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, *El proceso penal*, 147.

y el desarrollo de la audiencia preparatoria, de tal forma que el procesado cuente con tiempo suficiente para preparar su defensa, se entendería en consideración a que en la acusación se permite el ingreso de nuevos hechos al proceso mediante la afirmación que formula la Fiscalía. En concepto de la Corte, encuadrarían en este supuesto los hechos constitutivos de las circunstancias de agravación del homicidio (art. 104 del Código Penal) y las circunstancias de agravación de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (art. 211 del Código Penal).

### **3.2.2. Hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos que fueron enunciados de modo expreso**

#### **3.2.2.1. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto pasivo de la pretensión punitiva**

##### **3.2.2.1.1. Hechos nuevos que tengan la vocación de evitar la prosperidad total o parcial de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía**

Si bien en el ámbito del proceso penal el concepto de excepciones de mérito es ajeno —no se consagra legalmente y no se usa—, sí se puede hablar que desde el punto de vista del sujeto pasivo hay una serie de hechos que van más allá de los hechos infirmantes, en razón a que no niegan la existencia de los hechos que sirven de fundamento a la imputación o a la acusación, pero sí buscan que no haya lugar a una sentencia de condena o que se reconozcan circunstancias que lleven a una menor punibilidad de la conducta cometida por el procesado. En este contexto, los autores que a continuación se mencionan dan cuenta de ello:

Devis Echandía manifiesta: “El imputado o procesado puede adoptar conductas similares, pero en estricto sentido no propone excepciones, sino que alega hechos exculpativos o atenuantes de responsabilidad”<sup>18</sup>.

Urbano Martínez, en relación con el tema tratado, indica:

Como lo expone Bayón, la diferencia entre los elementos constitutivos del delito y los elementos exonerantes refleja algunas distinciones que son justificatoriamente significativas. (...)

---

18 Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso*, tomo I (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993), 235.

La prueba de los primeros le correspondería a la acusación, en tanto que en cuanto a los segundos a la defensa le incumbiría incluir ese tema en el debate del juicio para sobre esa base generar una práctica probatoria de parte de la Fiscalía. De esta forma, por ejemplo, si esta parte acusa por el delito de homicidio, debe probar los elementos constitutivos de esta conducta y la responsabilidad del acusado; la defensa puede introducir un principio de prueba sobre la posible concurrencia de una legítima defensa y, en razón de ello, la Fiscalía debe ofrecer pruebas sobre la no concurrencia de tal justificante<sup>19</sup>.

Estos hechos nuevos, bien sea que se afirmen o aún sin serlo, se adquieren por conexidad, en atención a su relación con los hechos afirmados por la Fiscalía. Podrán clasificarse como hechos impeditivos, modificativos o extintivos de la consecuencia jurídica que se busca con la pretensión punitiva.

Son hechos impeditivos, aquellos susceptibles de encuadrarse en las causales de ausencia de responsabilidad consagradas por el artículo 32 del Código Penal colombiano, que, siendo concomitantes con los hechos que permiten hacer el juicio sobre la responsabilidad penal, tendrán la vocación de enervar los efectos de algunos de ellos, bien sea porque se acrediten o porque por lo menos generen en el juez de una manera razonable la duda sobre su existencia, de tal manera que no le permita considerar cumplido el estándar de prueba más allá de toda duda razonable sobre los elementos de la responsabilidad penal. Por tanto, se inscriben dentro de esta categoría los hechos que permitan plantear la existencia de las diferentes causales de justificación ante el juicio de antijuridicidad, tales como el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, el legítimo ejercicio de una actividad lícita, el legítimo ejercicio de un cargo público, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante; así como la existencia de causas de inculpabilidad, esto es, ocurrencia de un error de prohibición, los eventos de estado de necesidad excluyentes de la culpabilidad, y los de inimputabilidad<sup>20</sup>.

Hay otro tipo de hechos que encuadran dentro de la categoría de modificativos, como son aquellos que configuran atenuantes de responsabilidad o que, en general, permiten una menor punibilidad para el acusado. En la legislación colombiana lo son las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 del Código Penal, así como las de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema que no alcanzan a

---

19 José Joaquín Urbano Martínez, *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 437.

20 Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal: Parte general* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020).

excluir la responsabilidad, pero influyen en la realización de la conducta, a las cuales se refiere el artículo 56 del Código Penal, y la ejecución de la conducta bajo el estado de ira e intenso dolor, regulado en el artículo 57 del Código Penal.

Y, por último, estarían los hechos que podrían ubicarse en la categoría de extintivos, dentro de los cuales encuadrarían los diferentes supuestos que establece la ley como causales de extinción de la acción penal en los artículos 82 del Código Penal y 77 del C. de P. P., que son los siguientes: la muerte del acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, la indemnización integral, la retractación y las que estableciere la ley<sup>21</sup>.

Estos hechos tienen la vocación de favorecer o beneficiar al acusado, pues el efecto que tiene el probarlos, o por lo menos generarle al juez una duda razonable sobre su existencia en su juicio al momento de proferir sentencia, o bien llevará a proferir una sentencia absolutoria o bien a una sentencia de condena en la cual se reconozcan atenuantes de punibilidad.

Ha de tenerse presente que, en virtud de la regla de comunidad de la prueba o adquisición procesal, los hechos nuevos podrán acreditarse con cualquiera de los medios de prueba que se decreten en el proceso, independientemente de quien los haya solicitado. Además, durante la práctica y contradicción de la prueba pueden acreditarse hechos nuevos favorables al acusado, cuya existencia no se había planteado hasta ese momento, pero que surgen del debate probatorio y que ingresan al proceso por conexidad con los hechos ya afirmados en la pretensión punitiva.

Respecto a los hechos nuevos, no se consagra la carga de afirmación; sin embargo, sí existen en el proceso unas oportunidades con vocación para que allí se realice tal afirmación, sin que pueda predicarse un efecto preclusivo para hacerlo hasta el momento en que el juez profiera la sentencia. En efecto, siempre que tales hechos se prueben, bien podrá el sujeto interesado advertir de su existencia y el juez podrá considerarlos al momento de proferir sentencia.

Un primer momento se presentaría durante la audiencia preparatoria, y se va a reflejar específicamente cuando el acusado o su defensor lleven a cabo el ofrecimiento o solicitud de pruebas, según lo establecido por los artículos 356 y 357 del C. de P. P. En efecto, para poder determinarse por parte del juez el decreto de

---

21 Debe precisarse que, tratándose de la caducidad y el desistimiento, en sí no constituyen como tal hechos extintivos, se trata de circunstancias de carácter procesal en el contexto de los delitos querrelables. La primera derivada por el transcurso del tiempo ante la falta de actividad del querellante legítimo en presentar la querrela; la segunda por decisión del mismo sujeto de su deseo de desistir de acción penal iniciada ante la presentación de la querrela por él (artículos 73 y 76 del C. de P. P.).

las pruebas solicitadas, deberá aducirse cuáles son los hechos que con las pruebas solicitadas se buscan acreditar. Solo así puede el juez analizar el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de estas, de manera particular el de la pertinencia o relevancia que implicará evaluar la correspondencia de los hechos a probar con aquellos que hagan parte del tema de prueba, ya sea porque, teniéndose la carga de afirmarlos, esta se cumplió, o porque, aun no siendo exigida dicha carga, pueden ingresar al proceso por la conexidad con los hechos afirmados.

En la audiencia del juicio oral, antes de la práctica de las pruebas, se concede el uso de la palabra a la Fiscalía y a la defensa para que presente la teoría del caso, tal como se regula en el artículo 371 del C. de P. P. que dispone: "la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio". Obsérvese que, tratándose de la defensa, su intervención es facultativa, si decidiere hacer uso de esta, este será el momento oportuno para hacer alusión a los hechos nuevos.

Más adelante, al presentarse los alegatos de conclusión durante la audiencia del juicio oral, propio del ejercicio argumentativo realizado, según lo establecido por el artículo 443, se habilitan las oportunidades para alegar al fiscal, al representante de las víctimas, al ministerio público y a la defensa. El inciso tercero se refiere específicamente a la intervención de la defensa:

Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados.

Allí es completamente posible que la defensa aduzca la existencia de hechos que, aún sin haber sido afirmados hasta ese momento en el proceso, fueron objeto de debate durante la práctica y contradicción de la prueba. De dicha práctica puede haber surgido prueba de su ocurrencia, o por lo menos elementos que permitan argumentar su ocurrencia, razonablemente, ante el juez; y así no se pueda acreditar con certeza, sí podrán generar en el juez una duda razonable sobre su existencia.

### **3.2.2.2. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la pretensión punitiva**

#### **3.2.2.2.1. Los hechos infirmantes**

Tal como se mencionó, todos aquellos hechos con los cuales se logra acreditar que el hecho que es afirmado no ocurrió u ocurrió de una manera diferente, y que lleven a demostrar que lo que se dice por la Fiscalía —en los actos procesales de imputación o de acusación—, en realidad sucedió de una manera diferente o no sucedió, serán hechos que en el ámbito del proceso penal se adquieren por conexidad con los hechos afirmados en los mencionados actos procesales. En términos de Taruffo, se trataría de una prueba negativa o contraprueba, la cual “tiene a demostrar que un enunciado fáctico es falso, es decir, que el hecho no sucedió”<sup>22</sup>. Es el caso de lo que ocurre cuando se aduce la existencia de causales de atipicidad. En tal sentido brinda bastante precisión lo dicho por el tratadista Velásquez Velásquez:

La categoría en estudio tiene una faz positiva y otra negativa, según los resultados a que se lleve el juicio de tipicidad en el caso concreto que —de ser afirmativos— puede conducir a afirmar la congruencia típica por presentarse los elementos objetivo y subjetivos de la figura respectiva; o, en caso contrario, negarla, y caer entonces en el terreno de la no tipicidad, que a su vez puede ser de carácter absoluto (cuando la conducta examinada no es subsumible en ningún tipo penal) o relativo (por no aparecer alguno o algunos de los elementos de la descripción comportamental y poder ser comprendida por otro tipo penal)<sup>23</sup>.

Aunque no es muy frecuente, también puede suceder que por parte de la Fiscalía exista interés en acreditar hechos infirmantes, como cuando busca demostrar que los hechos nuevos, planteados por el acusado, no ocurrieron. Tal sería el caso, por ejemplo, de un proceso en el que el acusado aduzca alguna de las causales de ausencia de responsabilidad en su defensa y la Fiscalía logre acreditar algún elemento fáctico que elimine la duda sobre su existencia, de modo que el juez pueda tener la convicción sobre la no ocurrencia de esta. Así sucedería si la Fiscalía demuestra la ausencia de proporcionalidad en relación con los hechos que busquen acreditar la legítima defensa.

22 Michele Taruffo, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 61.

23 Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 396

Por tanto, también serán hechos infirmantes aquellos que logren acreditar que los hechos descritos en el anterior numeral —esto es, los hechos nuevos favorables al acusado, que tienen la vocación de evitar la prosperidad total o parcial de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía— no ocurrieron u ocurrieron de una manera diferente. Estos hechos infirmantes atienden al interés de la Fiscalía como sujeto activo de la pretensión.

Si bien, en relación con estos hechos no se consagra la carga de afirmación, existen unas oportunidades en el proceso con la vocación para que estos sean afirmados, tal como se indicó en el acápite anterior en relación con los hechos nuevos. Son estas la audiencia preparatoria al momento de hacer el ofrecimiento o solicitud de pruebas, la audiencia del juicio oral cuando se otorga la palabra a los sujetos parciales para que presenten su teoría del caso, y en esta misma audiencia cuando se presentan los alegatos de conclusión. Al revisar lo dicho sobre estas oportunidades en el numeral anterior, se explica con profundidad la dinámica propia de cada una de estas ocasiones para formular la afirmación de hechos que han de adquirirse por conexidad.

### **3.2.2.2. Los hechos circunstanciales o indicadores**

De la misma manera como se hizo mención al hacer referencia en el proceso civil, ha de indicarse que si bien los hechos circunstanciales o indicadores no configuran la causa fáctica de la pretensión, sí serán el supuesto fáctico de los hechos indicadores a través de los cuales se puede lograr acreditar por inferencia la existencia de hechos principales o hechos indicados, en desarrollo de la estructura de las pruebas indirectas, por lo cual harán parte del universo de hechos del tema prueba en el proceso. Ya en las líneas anteriores se hizo el planteamiento de si sobre ellos existe la carga de afirmación o si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad. De nuevo se anota la cita, ya transcrita, que responde a este planteamiento: “cuando el hecho es accesorio, en el sentido de que el mismo no es determinante de la causa a pedir alegada por la parte, nada se opone a que el juez de oficio pueda apreciar su existencia”<sup>24</sup>.

Sin embargo, en el proceso penal esto ha de coordinarse, en lo pertinente, con lo relativo al deber del descubrimiento de elementos materiales y evidencia física que se establece en este proceso, y al cual hace referencia en el artículo 344 del C. de P. P. en tanto que este pudiere comportar la prueba de hechos indicadores en el ámbito del proceso penal.

### **3.2.3. El caso de los hechos sobrevinientes (hay eventos en los que deben ser afirmados para ser adquiridos y otros en los que se adquieren por conexidad)**

Al examinar la adquisición de los hechos en el proceso civil, se trató lo relativo a los hechos sobrevinientes. Estos son aquellos que ocurren con posterioridad a la oportunidad que se tiene para realizar los actos procesales en los que debe cumplirse con la carga de afirmación, tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo de la pretensión. Sobre estos, existe regulación normativa expresa en el artículo 281 inciso 4 del C.G. del P. para el proceso civil, donde se establecen algunas condiciones para que el juez pueda tenerlos como fundamento de su decisión al momento de proferir sentencia. Es decir, que se hayan probado y que se aleguen por la parte interesada antes de los alegatos de conclusión, salvo que se trate de hechos que puedan ser considerados de oficio.

En el ámbito del proceso penal, la carga de afirmación de los hechos jurídicamente relevantes le corresponde realizarla al sujeto activo de la pretensión punitiva, que será la Fiscalía, debiendo cumplirse esta en dos actos procesales: la imputación y la acusación. En el ordenamiento procesal penal, no hay norma que haga referencia de manera similar a los hechos sobrevinientes como lo hace el ordenamiento procesal civil. El artículo 448 del C. de P. P., que regula lo relativo a la congruencia en la sentencia dentro del proceso penal, no menciona esta categoría de hechos, ante lo cual surge la pregunta: ¿qué hacer frente a los hechos sobrevinientes en el ámbito del proceso penal?

Si se tratase de hechos sobrevinientes favorables al acusado, debidamente probados, nada impide que el juez se pronuncie sobre ellos siguiendo la regla de que estos hechos se adquieren por conexidad sin que se requiera el cumplimiento de la carga de afirmación por parte del acusado en calidad de sujeto pasivo de la pretensión punitiva. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de la retractación en relación con los hechos constitutivos de los delitos de injuria y calumnia, tal como lo establece el artículo 225 del Código Penal, que permite que la retractación se dé hasta antes de proferir sentencia de primera o única instancia.

Teniendo presente que en el proceso penal la adquisición de los hechos desde la óptica del sujeto activo de la pretensión se da de manera progresiva, que son dos los momentos y actos procesales en los cuales debe darse (en la imputación y en la acusación), y que se consagra la posibilidad de que se adicione la imputación por medio del acto procesal de ampliación de la imputación, podrían plantearse

dos situaciones en relación con los hechos sobrevinientes: cuando estos ocurren antes de la formulación de la acusación y cuando ocurren con posterioridad a la formulación de la acusación. Se abordará por separado cada uno de estos eventos.

El primer evento, cuando se trata de un hecho sobreviniente que ocurre antes de la formulación de la acusación, se podrá incorporar al proceso a través de la adición de la imputación, tal como se consagra en el inciso 3 del artículo 351 del C. de P. P., para lo cual la Fiscalía debe cumplir con la carga de afirmación por medio de dicho acto.

El segundo evento se presenta cuando el hecho ocurre con posterioridad a la formulación de la acusación. Al respecto ha de advertirse que en la legislación procesal penal no se encuentra regulación ante esta situación. El artículo 448 del C. del P. P. nada menciona al respecto, ya que en el supuesto normativo hace mención de que no se puede declarar culpable a un acusado por hechos que no consten en la acusación, sin hacer ningún desarrollo en relación con los hechos sobrevinientes.

Sobre este tema, el tratadista Binder, en el tratado de derecho procesal penal, en donde a su vez cita a Mair —en el contexto de la legislación procesal penal de Argentina—, hace referencia tal como se transcribe a continuación:

este acto se denomina ampliación de la acusación y para nuestras leyes solo es posible para otro acto de continuación delictiva en el delito continuado o para una circunstancia agravante respecto de la acusación originaria.

(...)

El problema consiste, entonces, en saber ¿cuándo se puede agregar alguna circunstancia del hecho que no altera esa estructura o unidad? Maier piensa en dos supuestos: 1) continuación de la unidad del delito continuado; 2) la producción de la muerte, una vez iniciado el debate. En cuanto al primer supuesto, no es problemático, porque la calificación de un conjunto de acciones u omisiones como delito continuado es una calificación favorable al acusado, ya que rompe la lógica del concurso real por el de la unidad de acción o resultado; en cuanto al segundo supuesto debemos hacer una aclaración. Parece de sentido común que si la víctima muere durante el debate seguir sosteniendo una acusación por tentativa de homicidio iría en contra de la sensatez. Podemos considerarlo un supuesto de ampliación posible, siempre que el acusador haya hecho la reserva de esa ampliación en su acusación. Si una persona ha sido acusada de tentativa de homicidio, su posterior muerte —imputable al acusado— no puede ser sorpresiva ni desconocida, y no hay razón para quitarle la carga de la reserva de ampliación al acusador. Por lo tanto, pareciera que el único caso claro es el de la

muerte posterior y esperable de quien, al momento de la acusación, todavía no había fallecido<sup>25</sup>.

En el ordenamiento procesal colombiano no existe la figura de la ampliación de la acusación u otra institución similar.

Al revisar la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia 2042 de 2019 hace mención a lo que ocurre en relación con el caso específico cuando se pasa de la tentativa al delito consumado antes de la formulación de la acusación, sin que allí quede planteada cuál sería la manera de afrontarlo cuando ello ocurre una vez ha sido formulada la acusación. La antedicha mención se limita a indicar que los eventos de incorporación de hechos que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente constitutivo de un delito más grave no puede hacerse en la acusación, pero advierte que el paso de tentativa al delito consumado quedaría excluido de este limitante. En consecuencia, concluye que, si de la tentativa se pasa al delito consumado antes de la acusación, estos hechos pueden ser adicionados en la acusación, así no estén afirmados en la imputación:

Bajo el anterior supuesto no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado, pues es sabido que dicha figura —la tentativa— es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones pueden realizarse en la audiencia de acusación, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima.

(...)

(iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos facticos que pueden adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación<sup>26</sup>.

Nada se menciona para el caso en el cual el paso de la tentativa al delito consumado ocurre con posterioridad a la formulación de la acusación.

---

25 Binder, *Derecho procesal penal*, 357-358.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 2042 de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

### **3.3. Reflexiones sobre la adquisición de los hechos, semejanzas y diferencias en el proceso civil y en el proceso penal**

Como el propósito de este artículo de investigación es examinar si hay un tratamiento diferente en lo relativo a la adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, luego de haber abordado en los acápite anteriores esta temática en cada uno de los procesos, se revisará el tema haciendo la comparación entre estos.

En ambos procesos puede plantearse que existen las mismas formas de adquisición de los hechos. Esto es, mediante el cumplimiento de la carga de afirmación de estos y por conexidad con los hechos en relación con los cuales se cumplió la carga de afirmación, advirtiéndose que en relación con los hechos que pueden ser adquiridos por conexidad nada impide que también sean afirmados por alguno de los sujetos parciales de la pretensión. Sin embargo, debe advertirse que en el proceso penal no hay consagración legal que permita, desde la óptica de los fundamentos fácticos de la pretensión punitiva, la adquisición de hechos por conexidad. En tal sentido no es permitido al juez penal fallos *extra petita* o *ultra petita* ni se establecen pretensiones consecuenciales legales. Tampoco existe una institución procesal que permita la adquisición de hechos sobrevinientes con posterioridad a la formulación de la acusación. Y en lo atinente al interés del sujeto pasivo, hay otro aspecto que marca una diferencia significativa; todos los hechos que pudieren beneficiar al acusado son susceptibles de adquirirse por conexidad; mas no es así en el proceso civil, ya que en este, cuando se trata de excepciones de mérito propias, se establece la carga de afirmación por parte del sujeto pasivo de la pretensión.

En lo relativo a la oportunidad para cumplir la carga de afirmación de los hechos, hay una diferencia manifiesta que emana de la naturaleza del proceso mismo, ya que la estructura del proceso penal tiene etapas diferentes que separan la indagación y la investigación del juzgamiento. Esto hace que en este se den dos oportunidades diferentes y necesarias —en las que debe cumplirse con la carga de la afirmación por parte de la Fiscalía—: la imputación y la acusación. La primera necesariamente deberá anteceder a la segunda y ello, además, comportará que la etapa de adquisición se vea afectada o condicionada por el carácter progresivo de la actuación penal. En tanto, en el proceso civil, solo se tiene una oportunidad para cumplir con la carga de afirmación de los hechos por el sujeto activo de la pretensión: la demanda. Además, en algunos eventos, tratándose del sujeto pasivo de la pretensión, también

debe cumplir con la carga de la afirmación en la oportunidad que se tiene para la contestación de la demanda.

En la siguiente parte se abordarán las consecuencias que se derivan de la no adquisición de los hechos, así como las implicaciones que se presentan cuando el juez toma decisiones con base en hechos que no fueron adquiridos por el proceso, esto es, en relación con los cuales no se dio cumplimiento a la carga de afirmación.

#### **4. Consecuencias que se derivan en el proceso por la no adquisición de los hechos**

Una vez revisada la manera como los hechos son adquiridos por el proceso, se procederá a examinar por qué es tan determinante hablar de la adquisición de los hechos en el proceso y, por ende, qué consecuencias se derivan de la no adquisición de estos y cómo se proyecta tal falencia o ausencia. Dos aspectos son de trascendencia, uno en materia probatoria y el otro relativo al contenido de la sentencia y su congruencia.

Es importante advertir que también otros aspectos son relevantes, ya que adicional a los mencionados, se proyectan en otros elementos propios de su naturaleza, tal como se infiere de la siguiente cita:

Nótese que es tal la trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes, que estos son el derrotero para fijar la competencia, el tipo de procedimiento, el fuero si lo hay, la exigencia de requisitos de procesabilidad y procedibilidad, el reconocimiento de las víctimas, la procedencia de mecanismos de justicia restaurativa o premial; además, rige el debate probatorio, la pertinencia de la prueba, la congruencia, entre otros aspectos (...) <sup>27</sup>.

En lo relativo a la actividad probatoria, el juez, al analizar el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos para el decreto de las pruebas que son ofrecidas o pedidas por las partes del proceso, debe verificar que estas sean pertinentes, esto es que busquen acreditar los hechos que hacen parte del tema de prueba, tal como lo disponen los artículos 168 del C. G. del P., y 357 y 375 del C. de P. P. En consonancia con ello surge una pregunta: ¿cómo se establece que los hechos que se busca probar con los medios de prueba solicitados hacen parte del tema de prueba? Ante esto, cabe responder que ello ocurre cuando se trata de hechos que han sido adquiridos por el proceso mediante su afirmación, o de hechos que tienen

---

27 Juan Fernando Silva Henao, El concepto de "hechos jurídicamente relevantes" (Medellín: Lijursánchez, 2023), 88.

la vocación de ser adquiridos por conexidad con los hechos afirmados cuando los ordenamientos procesales así lo regulen. Si los hechos no han sido adquiridos por el proceso porque debiendo ser afirmados no se afirman, o no obstante no haber sido afirmados no tienen la vocación de ser adquiridos por conexidad con hechos afirmados, el juez deberá concluir que las pruebas ofrecidas o pedidas por las partes no cumplen con el requisito de la pertinencia y por lo tanto no deberá decretarlas.

El otro aspecto, al cual se hacía alusión, es el relativo al contenido de la sentencia y su congruencia. Sobre su alcance puede decirse:

De manera que en una primera aproximación debemos decir que el principio de congruencia es la concordancia lógica entre el conflicto planteado o conocido por la Jurisdicción y el decisorio, siendo siempre el conflicto el continente y el decisorio el contenido, que si bien puede ocupar todo el conflicto planteado o conocido, puede ocupar una parte menor<sup>28</sup>.

Tal como se observa de la cita anterior, se denomina a la congruencia como un principio, y en el mismo sentido lo plantea Nisimblat<sup>29</sup>. Sin embargo, de ser así, no se podría pensar que en los ordenamientos procesales existan excepciones a dicho principio, por la naturaleza propia de ser un principio<sup>30</sup>, que permitirían al juez proferir sentencias fundando su decisión en hechos no afirmados o reconociendo consecuencias jurídicas no solicitadas por el sujeto activo de la pretensión. Por ello, más que un principio se estaría frente una especie de tipo o sistema procesal que “desde el punto de vista de los poderes del juez y de las partes para la aportación del material de conocimiento: tipo procesal dispositivo o el tipo procesal inquisitivo”<sup>31</sup>, posibilita optar por la congruencia o no congruencia de la decisión, bajo el desarrollo del principio de defensa o contradicción en ponderación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 29 y 228 de la Constitución Nacional), que implicará que, frente a ciertas tutelas jurídicas, el juez, para garantizar una solución justa más allá de la simple solución del conflicto de intereses, tenga en cuenta la realidad de los hechos que se acreditaron en el ámbito del proceso.

Atendiendo a que el manejo que se ha dado al alcance de la exigencia de la

28 Enrique M. Falcón, “Formación y el contenido del principio de congruencia”, en, *El principio de congruencia. Libro homenaje a Augusto Mario Morello*, M. Masciotra, & R. Rosales Cuello (coords.) (La Plata: Librería Editora Platense, 2009), 33.

29 Nisimblat, *Derecho probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación*.

30 Si bien el enunciado, en torno a que los principios no admiten excepción, puede no ser pacífico, o el uso de este término pudiere tener diferentes acepciones en su uso por la doctrina y jurisprudencia, tomar partido por lo dicho ha de brindar precisión. Sobre este enunciado ver López Blanco, *Código general del proceso*, quien comparte dicho planteamiento.

31 Clemente A. Díaz, *Instituciones de derecho procesal*. Parte general (Buenos Aires: Abelado Perrot, 1968), 298-299.

congruencia en la sentencia proferida en el proceso civil y en el proceso penal ha sido diferente, a continuación se abordará su examen en cada uno de los procesos mencionados en acápite separados:

#### **4.1. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso civil**

La congruencia se regula en el C.G. del P. en el artículo 281, donde se indica en detalle el marco que tiene el juez para proferir la sentencia, atendiendo a los hechos en relación con los cuales el legislador establece la carga de afirmación para que sean adquiridos por el proceso; y así mismo, aquellos en relación con los cuales podrá pronunciarse el juez al ser adquiridos por conexidad con los hechos afirmados, aspecto abordado al analizar la adquisición de los hechos en el proceso civil.

Si en el ámbito del proceso civil, al momento en el cual el juez va a proferir la sentencia, existen elementos fácticos o hechos que, pese a no haber sido afirmados por las partes se encuentran probados, deberá examinarse con sumo cuidado si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con aquellos en relación con los cuales se establece la carga de afirmación y que efectivamente fueron afirmados. Esto, con el fin de saber si, por ello, pueden considerarse como adquiridos por el proceso y derivar de ellos las consecuencias jurídicas que en el ámbito del derecho sustancial se han consagrado. De no ser así, deberá advertirse que esos hechos, a pesar de haber sido probados en el proceso, no hacen parte de los extremos de la litis sometida a su conocimiento y, por lo tanto, no puede reconocérseles ninguna consecuencia jurídica al proferir la sentencia. Se estaría, entonces, frente a la ausencia de un presupuesto material para la sentencia favorable, ya sea respecto del demandante —consistente en la afirmación de los hechos que estructuran la causa de la pretensión—, o del demandado, cuando se trata de hechos que configuran las excepciones de mérito propias; esto es, aquellas que deben ser alegadas por el demandado (prescripción, nulidad relativa y compensación)<sup>32</sup>.

Si, tratándose de hechos que no fueron adquiridos por el proceso, el juez les otorga consecuencias jurídicas, se estará frente a un fallo incongruente. Tal anomalía hace que la sentencia se desvíe, esto es, se salga del modelo positivo que debe atender. Para controlar esta desviación, aparecen varios remedios procesales: el recurso ordinario de apelación, cuando la decisión es susceptible de apelarse; el recurso extraordinario de casación, cuando frente a la sentencia sea procedente este recurso (artículo 336 n.º 3 del C.G. del P.); el recurso extraordinario de revisión,

---

32 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso*, 291.

por presentarse una nulidad originada en la sentencia que termina el proceso y no es susceptible de recurso, nulidad que se deriva de exceder el juez su competencia funcional (artículo 355 n.º 8 del C.G. del P.); y, por último, la acción de tutela contra providencias judiciales por una vía de hecho, al incurrir en defecto sustantivo o procedimental.

Sobre la posibilidad de solicitar la nulidad de la sentencia, debe advertirse que no hay una posición unánime de su procedencia. Hay quienes piensan que no es posible, en tanto que otras personas consideran que es lo adecuado. Al respecto, es conveniente hacer referencia a la Sentencia SC4415-2016, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez, en la que se resuelve un recurso extraordinario de revisión y se indica que este no es procedente para atacar desviaciones por incongruencia, pues se consideró que la falta de congruencia no afecta la competencia funcional del juez ni de primera ni de segunda instancia. A continuación se transcribe lo dicho por la sala. Luego se hará alusión al salvamento de voto, que considera que sí es procedente:

Luego, la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido.

Para el ataque de ambos tipos de errores en la sentencia de segunda instancia, la ley procesal tiene reservado el recurso extraordinario de casación, toda vez que atañen al fondo de la decisión, sin que tengan ninguna relación con las nulidades procesales. De ahí que ninguna de esas figuras está enlistada como motivo de nulidad en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

En relación con esta misma sentencia, se tiene el salvamento de voto del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona quien difiere de lo dicho. Por su parte, considera que al proferirse una sentencia fuera de los extremos de la litis, como en el evento de hechos no adquiridos por el proceso, se estaría vulnerando la competencia funcional, en tanto que esta no fue otorgada por las partes al juez, al no haberse afirmado los hechos en los actos procesales establecidos para ello. Se transcriben apartes del salvamento de voto que da cuenta de esta posición:

#### 7. La incompetencia funcional. Vicio insaneable y nulidad de la sentencia

Este defecto surge cuando el sentenciador se pronuncia sobre materia diferente, un hecho, una pretensión, una excepción por fuera de la esfera y función juzgadora

prevista, según los factores de competencia de cada juez, distorsionando la pretensión y el modelo institucional procesal y la norma de orden público que le asigna el asunto o las facultades juzgadoras la materia o función determinada por la ley como competencia suya para decidir. La irregularidad no permite saneamiento, porque el juez, dispensa en la sentencia una solución por fuera de su resorte funcional o al margen de ella, en forma asimétrica o incongruente. Si se trata de juzgamiento de segunda instancia, excede el marco de la solución de los puntos concretos materia de juzgamiento, así constituya un problema de *reformatio in peius*.

En la sentencia que da lugar al salvamento de voto, se advierte que la incongruencia en las decisiones no puede catalogarse como un problema de afectación de la competencia funcional, y que se consagra ante su ocurrencia como una desviación del modelo positivo de acto, una causal expresa en el recurso extraordinario de casación para alegarla (artículo 336 n.º 3 C.G. del P.). Posición diferente se asume en el salvamento de voto, en el cual se concluye que en la decisión incongruente se excede la competencia funcional que se configura por los actos de las partes en el proceso, y que por tanto la decisión incongruente genera una nulidad insaneable en la sentencia, que en caso de no ser objeto de recursos podrá ser objeto del recurso extraordinario de revisión (artículo 355 n.º 8 del C.G. del P.), y no solo es su posición, sino que se refleja en varias sentencias de la Sala Civil que son mencionadas en el salvamento de voto en mención<sup>33</sup>. La posición asumida por el salvamento de voto en mención es una postura que brinda una mayor garantía a las partes que se pueden ver afectadas por una decisión incongruente y permite estructurar un remedio o solución adecuada frente a la incongruencia, que de no permitirse limitaría los instrumentos para corregir este tipo de desviaciones, por ello debería propenderse por su aceptación.

Por último, estaría la posibilidad de acudir a la tutela contra providencias judiciales por una vía de hecho. La Corte Constitucional, en Sentencia T-455 de 2016 con ponencia de Alejandro Linares Cantillo, manifiesta:

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “*como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”* [Sentencia T-714 de 2013, (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008, (M. P. Mauricio

33 Sentencia de casación del 26 de julio de 2013, Exp. n.º 05001-31-003-09-2004-00263-01, M. P. Dra. Ruth Mariana Díaz Rueda. Sentencia 4 de septiembre de 2000, Exp. n.º 5602, M. P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo. Sentencia de 26 de junio de 2003, Exp. n.º 7058, M. P. Dr. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia de casación del 30 de noviembre de 2015, Exp. n.º 25286-31-03-001-2007-00335-01, M. P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

González Cuervo); T-450 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-025 de 2002, (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras]. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

#### **4.2. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal**

En el código de procedimiento penal, la congruencia se regula en el artículo 448, así: "ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena".

Es abundante la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la cual se aborda el tema de la congruencia, pero antes de hacer el examen sobre esta y lo que ha considerado sobre las desviaciones que se generan al desconocerla, es conveniente examinar qué ha dicho la doctrina sobre el tema, con el fin de examinar si es viable encontrar una línea uniforme que permita manejar una unidad de criterio de las Cortes para abordar el desconocimiento de la congruencia entre el proceso penal y el proceso civil. Dos textos son suficientemente ilustrativos para este propósito, el primero propio de la literatura del proceso penal y el segundo de la teoría general del proceso.

Binder, en el tratado de derecho procesal penal, en donde a su vez cita a Mair, se refiere a la congruencia sobre los hechos, así:

En cuanto a los hechos no hay duda acerca de las limitaciones de toda sentencia de condena. Mair nos dice con claridad: "La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, que hemos estudiado, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia solo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; *ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (ne est iudex ultra petita)*. La regla se expresa como el *principio de correlación entre la acusación y la sentencia*; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema nacional (...)" Mair, 2002 (1:568)<sup>34</sup>. [Cursiva fuera de texto].

---

34 Binder, *Derecho procesal penal*, 372-373.

Quintero y Prieto (2008), en el texto *Teoría general del proceso*, indican al respecto:

El principio tiene un significado de lealtad con el reo que no puede ser condenado por hechos no controvertidos; si los justiciables no conocen con exactitud las acusaciones que les formulan, no hay claridad en el debate y el ejercicio del derecho de defensa se dificulta y menoscaba; *en materia penal, hay incongruencia por extra petita cuando en la sentencia no se limita a resolver inculpaciones hechas al sindicado en el llamado auto de cargos, o auto de proceder, o en la acusación fiscal, o en el cuestionario presentado al jurado, sino que condena por algo diferente, aun cuando ese ilícito diverso aparezca comprobado en el proceso; también habrá incongruencia cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado*<sup>35</sup>. [Cursiva fuera de texto].

De ambas citas, se resalta la trascendencia de la congruencia en el proceso penal. Esta debe darse entre múltiples actos procesales que llevan a comunicarle al imputado o acusado los hechos por los cuales, como sujeto pasivo, debe afrontar un proceso, esto es, entre la imputación y la acusación, y la sentencia que resuelve sobre ellos. No se concibe, por tanto, que se dé una condena por hechos o circunstancias sobre los cuales no se brindó el derecho de defenderse en la oportunidad debida o establecida.

En consecuencia, puede afirmarse que si el juez al momento de proferir sentencia encuentra que hay hechos jurídicamente relevantes probados, pero que no fueron adquiridos por el proceso, debe proferir una decisión favorable al acusado que bien podrá derivar en una sentencia absolutoria, o aun en una sentencia condenatoria, pero en la cual no se consideren los hechos no adquiridos por el proceso que podrían llevar a una mayor punibilidad, como sería el caso de una circunstancia de agravación. Por ende, en uno u otro caso, lo procedente es optar por la no prosperidad de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía, de manera total o parcial, en consideración a que hay hechos probados que no fueron adquiridos por el proceso, y, por tanto, no facultan al juez para fundar en ellos su decisión. Lo anterior equivale a advertir la ausencia de uno de los presupuestos materiales para que haya sentencia condenatoria, y correlativamente la existencia de un presupuesto para proferir sentencia favorable al acusado<sup>36</sup>.

Ahora, al hacer un recorrido por la manera como la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decidido en estos eventos, se encuentra

---

35 Quintero y Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 175.

36 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 291-292.

que son dos las soluciones ante los posibles eventos de incongruencia: por un lado, el proferimiento de una sentencia absolutoria (total o parcialmente); y, por otro lado, la declaración de nulidad del proceso. Para controlar las anomalías de las decisiones judiciales derivadas de la falta de congruencia en el ámbito del proceso penal, se cuenta con los siguientes recursos y acciones: el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el desarrollo de la garantía de la doble conformidad, el recurso extraordinario de casación (artículo 181 n.º. 2 del C. de P.P.) y la acción de tutela por incurrir en defecto sustantivo o procedimental<sup>37</sup>.

A continuación, de manera independiente se abordará cada una de estas posiciones, y las razones que se tienen para acogerlas.

#### **4.2.1. Lo procedente es proferir sentencia absolutoria**

Sobre la procedencia del proferimiento de sentencia absolutoria, se encuentran los siguientes pronunciamientos: CSJ SP 3168-2017, CSJ SP 3623-2017, CSJ SP 16891-2017, CSJ SP 497-2018, CSJ SP 5660-2018, CSJ SP 5332-2019, CSJ SP 4034-2020, CSJ SP 372-2021, entre otros, según el análisis realizado por Saray Botero y Peláez Mejía<sup>38</sup>. En la primera de las sentencias citadas, la razón de la absolución no se fundamenta en la falta de congruencia, sino que se llega a esta en virtud de lo que se ha denominado “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”, lo cual implica que si en el contexto del proceso, si bien podría optarse por la declaración de nulidad en beneficio del acusado, considerando que se violaron garantías que solo lo afectan a él, debe preferirse la opción que permita la absolución, como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado, argumento mencionado con antelación por la Sala Penal, en Sentencia de la CSJ SP 32983-2013, con ponencia de José Leónidas Bustos Martínez.

Debe advertirse que en las sentencias antes mencionadas existen diferentes motivos para llegar a proferir sentencia absolutoria. Dentro de ellas hay decisiones que de manera contundente advierten que ante la no afirmación del hecho por parte de la Fiscalía en la imputación y en la acusación, lo procedente es absolver. Así ocurre en la sentencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia SP5332-2019, con ponencia del magistrado Jaime Humberto Moreno Acero, en la que la Corte, conociendo como juez de segunda instancia para resolver el recurso de

---

37 Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-083 del 24 de marzo de 2023 (M. P. Natalia Ángel Cabo).

38 Nelson Saray Botero y José María Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal: Construcción y aplicación práctica* (Bogotá: Leyer Editores, 2022), 181-234.

apelación de una sentencia de un Tribunal Superior, que atribuye a un juez el delito de prevaricato por acción, decide:

Sin embargo, estos hechos no fueron imputados fáctica ni jurídicamente al procesado, por lo que *inexorablemente deberá absolver* a CESAR AUGUSTO LEÓN BERMÚDEZ por el delito de prevaricato por acción.

(...)

Determinado que, en verdad, no había ninguna necesidad de realizar dicha demostración para dar por terminado el proceso ordinario por el camino conciliatorio, de ninguna manera es posible, ahora, mutar los hechos para atribuir al acusado uno diferente al objeto de la acusación, evidentemente como se hace que ello viola de manera flagrante, no solo el debido proceso, sino los derechos de defensa y de contradicción.

*Ello conduce a absolver del delito de prevaricato por acción al acusado, (...).* [Cursiva fuera de texto].

Así mismo, en Sentencia SP372-2021, con ponencia del magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán, que resuelve un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia en la que se condena a una persona como cómplice del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, hace el siguiente análisis:

En suma: (ii) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (...) (iv) la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, obrar en sentido contrario sería vulnerar el principio de congruencia; y (vi) *la solución del asunto pasa, entonces, por la absolución del enjuiciado.* [Cursiva fuera de texto].

#### **4.2.2. Lo procedente es declarar la nulidad del proceso**

La otra postura es la que da lugar a considerar que, ante la falta de congruencia entre la causa fáctica y la sentencia, lo procedente es declarar la nulidad del proceso. Hay un grupo de decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que asume esta posición. Ello en consideración a que se vulnera el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, y, por ende, lo procedente es la involución del proceso hasta el momento en el cual se debieron afirmar esos hechos que, siendo probados, no habían sido adquiridos por el proceso. Como se ha manifestado, los actos procesales establecidos para cumplir con la carga de la afirmación por el sujeto activo de la pretensión en el proceso penal son la imputación y la acusación,

debiendo darse cumplimiento a la afirmación en ambos, siendo este el instrumento que permite garantizar así la protección del derecho violentado. En tal sentido están las sentencias CSJ SP 16913-2016, CSJ SP 4792-2018, CSJ SP 4045-2019, CSJ SP 3831-2019, CSJ SP 4252-2019, CSJ SP 3329-2020, CSJ SP 4045-2019, CSJ SP 4792-2018, CSJ SP 2920-2017, CSJ SP 1653-2021, entre otras, según el análisis realizado por Saray Botero y Peláez Mejía<sup>39</sup>.

En coherencia, similar tratamiento deberá darse cuando el juez de primera instancia, al momento de proferir sentencia, encuentra hechos que no fueron adquiridos por el proceso, pero que sí han sido probados.

Llama la atención de esta posición que la nulidad del proceso no busque la destrucción únicamente de la sentencia y, en consecuencia, el proferimiento de una nueva que corrija la desviación, de acuerdo con los lineamientos expuestos en el numeral anterior; esto es, la emisión de una nueva sentencia en la cual no se acoja la prosperidad de la pretensión de manera total o parcial y que lleve a la absolución, sino que se involucre el proceso hasta el momento en que se habilitarían nuevamente las oportunidades ya precluidas. Al proceder como se indica, se habilita de nuevo una oportunidad ya precluida para cumplir con la carga de afirmación por la Fiscalía, bien sea en la imputación o en la acusación, salvo que por el trascurso del tiempo hubiere operado la prescripción de la acción penal y lo procedente, por tanto, sea su preclusión. No resulta razonable declarar la nulidad de un proceso para salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso del cual es titular el acusado, para que corregida la irregularidad resulte condenado el acusado que se vio afectado. Con ello se viola el principio de protección, pues el sujeto de quien se salvaguarda el derecho fundamental al debido proceso finalmente termina sufriendo un efecto desfavorable.

#### **4.2.3. Colofón a las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal**

Surgen dos posiciones antagónicas: una considera procedente la absolución, la otra estima que lo adecuado es la declaración de nulidad. Sobre esta última cabe la pregunta, ¿qué es lo que busca esa declaración de nulidad? Pues ante la ausencia del hecho que permite la subsunción de los comportamientos atribuibles a una situación concreta del presupuesto abstracto establecido por la norma penal —esto es, la individualización de los hechos jurídicamente relevantes—, lo adecuado es absolver por no darse todos los supuestos fácticos para que proceda la aplicación

---

39 Saray Botero y Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*, 156-181.

de la consecuencia jurídica establecida por el ordenamiento jurídico. Se trata de la ausencia de uno de los presupuestos materiales o sustanciales para dictar sentencia condenatoria en los procesos penales, tal como lo indica Devis Echandía:

Son presupuestos materiales de la sentencia condenatoria del sindicado o imputado: 1) adecuada imputación en el auto de proceder o en la acusación del fiscal para iniciar el enjuiciamiento en el sistema acusatorio; 2) la prueba, en legal forma, de la existencia de los hechos delictuosos que se investigaron; 3) *que esos hechos sean precisamente los imputados para el enjuiciamiento; (...)*

Son presupuestos materiales de la sentencia absolutoria del procesado: 1) que falte alguno de los cuatro presupuestos de la sentencia condenatoria; (...)<sup>40</sup>. [Cursiva fuera de texto].

En relación con la posición que opta por la nulidad del proceso, debe partirse de la base que este es un remedio para corregir la desviación de aquel acto procesal que menoscaba el debido proceso, bien sea porque se afecta un interés público o porque se afecta un interés privado, en este último caso de uno de los sujetos procesales, como lo sería el derecho de defensa. Es este aspecto el que corresponde al análisis en este acápite, en el cual el sujeto que se ve afectado en su derecho es solo el acusado o procesado, por ende, la nulidad que busca la reparación del derecho afectado solo debería atender su interés.

Ahora bien, lo que sucede con la posición adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es que, al declarar la nulidad del proceso, no solo destruye la sentencia —que es el acto en el cual se afectó el derecho de defensa del acusado—, sino que involuciona el proceso hasta etapas muy tempranas de este, y se habilita de nuevo una oportunidad ya precluida para la Fiscalía, de tal manera que esta pueda realizar de manera correcta el acto procesal (imputación o acusación) que en su momento no hizo en debida forma. Esta decisión permite que el hecho que fue probado en el proceso, pero que no hacía parte de la causa fáctica de pretensión punitiva por no haberse cumplido con la carga de afirmación, pueda ser adquirido por este en debida forma gracias a la nulidad declarada.

La posición que opta por la declaración de nulidad para involucionar el proceso entraña una situación bastante sensible: cuando, en virtud de la nulidad declarada, se permite la afirmación de manera correcta del hecho para que sea adquirido en esta nueva oportunidad que se habilita, ello conlleva un esbozo o antesala de una sentencia de condena por parte de aquel juez que declaró la nulidad. Dicha decisión

---

40 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 291.

tendría por justificación o propósito que el acusado pueda defenderse de hechos que resultaron acreditados en el debate probatorio realizado en la actuación inicial que declara nula, pero que no podrían considerarse en la sentencia por no haber sido adquiridos por el proceso. Por ende, ahora en la actuación que se rehace, tendrán una alta probabilidad de resultar probados y difícilmente podrán ser desvirtuados. Bien podría decirse que se está ante una condena ya advertida que busca legitimarse con el anuncio de garantizar el derecho de defensa del acusado. Es claro que este derecho se garantizaría de una manera más adecuada involucrando el proceso solo para destruir la sentencia y, en su lugar, dictar una que absuelva al acusado, en atención que los hechos probados no fueron afirmados en la oportunidad procesal para configurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que le permitan al juez emitir sentencia condenatoria. Por ello, ante la ausencia de este presupuesto sustancial o material necesario para dictar sentencia condenatoria en el proceso penal, adquiere sentido la denominada “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”.

Asunto diferente, que no es objeto de análisis en el tema desarrollado en este artículo, es lo que sucede cuando en relación con los hechos adquiridos en debida forma se adopta una calificación jurídica diferente. Allí es claro que los hechos sí fueron adquiridos por el proceso, y, por tanto, no se excede el pronunciamiento del juez en la sentencia desde la óptica de causa fáctica. Lo que sucede es que se hace una condena por un delito diferente al que inicialmente se solicitó, situación que plantea un problema bastante sensible en relación con la congruencia, ya no desde el punto de vista de la falta de correspondencia o identidad de la causa fáctica, sino desde el *petitum* o petición formulada como elemento de la pretensión punitiva. Sobre este aspecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han advertido que es factible su modificación siempre y cuando se trate de una conducta punible de menor entidad, la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten derechos de los sujetos intervinientes<sup>41</sup>.

---

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto); Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP17436-2015 del 16 de diciembre de 2015 (M. P. Eugenio Fernández Carlier), entre otras.

## 5. Conclusiones

Al revisar cuáles son las consecuencias que se generan de la no adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, se encuentran diferencias atendiendo la manera como la jurisprudencia ha resuelto las falencias sobre adquisición de los hechos.

Cuando el juez profiere sentencia teniendo como premisa fáctica hechos que, si bien están probados, en relación con ellos no se cumplió con la carga de afirmación cuando así se requería —porque no era posible que ingresaran al proceso por conexidad—, se estará frente a una sentencia incongruente. En tal caso, lo que debe hacer el juez cuando se encuentre con dicha situación es abstenerse de considerarlos y proferir sentencia desfavorable al sujeto activo de la pretensión que, debiendo afirmar los hechos, no lo hizo, por no cumplir con uno de los presupuestos necesarios para proferir sentencia favorable al sujeto activo; o, del mismo modo, en aquellos eventos en los que el sujeto pasivo tenga la carga de afirmación de los hechos y tampoco la cumpla (lo cual solo sucedería en el proceso civil en el caso de las excepciones de mérito propias).

Si, a pesar de tratarse de hechos no adquiridos por el proceso, el juez los tiene como fundamento de su decisión, se presenta una anomalía o desviación en la sentencia. Para corregirla existen distintos instrumentos o remedios procesales que comprenden recursos ordinarios o extraordinarios, e incluso la acción constitucional de tutela. El acudir a tales remedios tiene como propósito brindar una solución ante dicha anomalía o desviación, para dar un correctivo frente al acto desviado. Lo adecuado es destruir la sentencia, acto procesal en el que se incurre en la falencia, y en su lugar proferir una nueva sentencia que tenga como referente el marco de los hechos que fueron adquiridos por el proceso. Ello conlleva que, si la sentencia se profirió teniendo en cuenta hechos que se encuentran probados, pero no fueron adquiridos por el proceso, estos no se podrán tener como fundamento de la decisión porque no se cumpliría con la congruencia entre la decisión adoptada y los hechos que ingresaron al proceso. Esta es la solución que se adopta en el ámbito del proceso civil, mas no sucede lo mismo en el proceso penal.

En ocasiones, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procede en el sentido antes indicado, pero en otras se aleja de esta solución y opta no solo por destruir la sentencia, sino que involuciona el proceso y declara su nulidad, hasta el momento en que se habilita de nuevo la realización del acto que estaba destinado a afirmar los hechos —imputación o acusación—, pero en el cual la Fiscalía, de manera primigenia, no cumplió con la carga de llevar a cabo la

afirmación de los hechos.

Obsérvese que en el ámbito penal, por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se plantean dos soluciones diferentes frente al mismo evento de incongruencia: por un lado, no considerar los hechos que no fueron afirmados en la oportunidad establecida para ello, lo cual dará lugar a una sentencia absolutoria, o condenatoria, pero con un menor grado de punibilidad, como ocurriría frente a hechos que darían lugar a causales de agravación. Por otro lado, no solamente modifica o destruye la decisión contenida en la sentencia, sino que involuciona el proceso y declara su nulidad hasta la oportunidad para formular la imputación o la acusación.

Sobre esta última posición surge preguntarse si es adecuada tal decisión. Para responder, debe tenerse presente que atendiendo a que el interés lesionado es solo el del acusado —sería su derecho de defensa—, que no fue él quien dio lugar a la nulidad, sino el otro sujeto parcial del proceso (la Fiscalía), no debería pensarse que la solución correcta pase por involucionar el proceso hasta dicho momento. Debe pensarse que lo adecuado sería solo invalidar la sentencia que se produce con afectación del derecho de defensa del acusado y que la declaración de nulidad debe estar orientada a resolver el agravio que se produjo a este, para lo cual basta la declaración de nulidad de la sentencia. Lo que se hace al involucionar el proceso es beneficiar a la parte que dio lugar a la irregularidad y que no sufrió agravio alguno, pues fue ella misma quien no cumplió con la carga de afirmación de los hechos. En tal sentido, lo adecuado es solo suprimir el acto que produce el agravio que es la sentencia, y en su lugar proferir una nueva dentro del marco fáctico de la congruencia de ese proceso específico, de tal manera que, si los hechos probados no fueron adquiridos por el proceso al no haber sido afirmados por la Fiscalía, lo procedente es proferir una sentencia absolutoria o una que sea menos gravosa al acusado, para que, así como ya se dijo, adquiera sentido la denominada “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”.

## 6. Bibliografía

Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal* (Vol. III). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, 2008.

Arango Giraldo, Andrés Felipe. “Diseño, construcción y ejecución de la teoría del caso desde la teoría del delito: Una visión dogmática de los hechos jurídicamente relevantes”. En L. E. Cerón Eraso, *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal. Derecho procesal penal II. Cuestiones fundamentales*, 915-940. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín y Librería Jurídica Sánchez R

- Ltda., 2022.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general* (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Binder, Alberto. *Derecho Procesal Penal* (Vol. VI). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018.
- Castellanos Artunduaga, Anamaría. "Admisión, rechazo y decreto de pruebas". En *Derecho probatorio: Desafíos y perspectivas*, 27 - 44. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Ceballos Velásquez, Alberto. "El tema de decisión". *Temas procesales* 21 (1997).
- Climent Durán, Carlos. *La prueba penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso* (Tomo I). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo primero). Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2002.
- Díaz, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal. Parte General*. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1968.
- Falcón, Enrique M. "Formación y el contenido del principio de congruencia". En M. Masciotra, & R. Rosales Cuello, *El principio de congruencia. Libro homenaje a Augusto Mrio Morello*, 25-39. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Kielmanovich, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 3.ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- López Blanco, Hernán Fabio. *Código general del proceso. Pruebas* (tomo 3). Bogotá, D.C.: Dupre Editores Ltda., 2019.
- Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 4.ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2005.
- Nisimblat, Nattan. *Derecho probatorio: Tecnologías de la información y la comunicación*, 5.ª ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2023.
- Posada Botero, José David. "La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?". *Estudios de Derecho*, 77, n.º 170 (2020): 95-116.
- Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del derecho procesal*, 4.ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Saray Botero, Nelson. "Hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal acusatorio". En L. E. Cerón Eraso, *Jornadas Iberoamericanas de Derecho*

*Procesal Penal. Derecho procesal penal II. Cuestiones fundamentales.* Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2022.

Saray Botero, Nelson y José María Peláez Mejía. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal: Construcción y aplicación práctica.* Bogotá: Leyer Editores, 2022.

Silva Henao, Juan Fernando. *El concepto de "hechos jurídicamente relevantes".* Medellín: Lijursánchez, 2023.

Taruffo, Michele. *La prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

Universidad de Medellín. (10 de Noviembre de 2022). *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal 2022.* Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://www.youtube.com/watch?v=2bAXSJ30j5M>

Urbano Martínez, José Joaquín. *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal. Parte general.* Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.

## **Jurisprudencia**

### **Corte Constitucional de Colombia**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-455 del 25 de agosto de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo).

### **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de octubre de 2013, Rad. 32983 (M. P. José Leónidas Bustos Martínez).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP17436-2015 del 16 de diciembre de 2015 (M. P. Eugenio Fernández Carlier).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16913-2016 del 23 de noviembre de 2016 (M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2920-2017 del 8 de mayo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3168-2017 del 8 de

- marzo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3623-2017 del 15 de marzo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16891–2017 del 11 de octubre de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP497–2018 del 28 de febrero de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5660–2018 del 11 de diciembre de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4792-2018 del 7 de noviembre de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4045-2019 del 17 de septiembre de 2019 (M. P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3831-2019 del 17 de septiembre de 2019 (M. P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4252-2019 del 2 de octubre de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5332–2019 del 4 de diciembre de 2019 (M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 4034–2020 del 21 de octubre de 2020 (M. P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP372-2021 del 17 de febrero de 2021 (M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1653-2021 del 5 de mayo de 2021 (M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

