

LA NULIDAD DENTRO DE LA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN LEY 906 DE 2004-
Vulneración al debido proceso un derecho fundamental.

MARY LUZ CELIS LAVERDE
YARLEDIS MARÍA GARAVITO GAIBAO
MARTIN EDUARDO MEJIA CASTAÑO

COORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTA
2013

LA NULIDAD DENTRO DE LA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN LEY 906 DE 2004-
Vulneración al debido proceso un derecho fundamental.

MARY LUZ CELIS LAVERDE
YARLEDIS MARÍA GARAVITO GAIBAO
MARTIN EDUARDO MEJIA CASTAÑO

TESIS

DR. JOSE EDUARDO SAAVEDRA
Director

CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTA
2013

PRESENTACION

La monografía (tesis) “LA NULIDAD DENTRO DE LA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN LEY 906 DE 2004-Vulneración al debido proceso un derecho fundamental”, presentada al centro de investigaciones-Instituto de postgrados de la Universidad Libre de Colombia para optar el título de Magister en Derecho Penal por los doctores MARY LUZ CELIS LAVERDE, YARLEDIS MARÍA GARAVITO GAIBAO y MARTIN EDUARDO MEJIA CASTAÑO. Hoy _____, en Bogotá D-C.

Dra. MARY LUZ CELIS LAVERDE
Maryluz_6@hotmail.com

Dra. YARLEDIS GARAVITO GAIBAO
yarledisgaravito@hotmail.com

Dr. MARTIN EDUARDO MEJIA CASTAÑO.
martinmejia911@hotmail.com

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C., _____

DEDICATORIA

Cuando verdaderamente se quiere alcanzar algo en la vida, no hay obstáculo que lo impida.
Solo la voluntad decidida es el motor capaz de mover el mundo.

A DIOS, por darnos la vida a través de nuestros PADRES, quienes con mucho amor y esfuerzo hicieron que estos frutos maduraran.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios, por habernos iluminado en este proceso de formación, por poner en nuestro camino a todas las personas que contribuyeron al buen fin de este proceso, porque de una u otra manera han sido nuestro soporte y compañía durante todo el periodo de estudio, porque sin ellas no hubiera sido posible culminarlo, por fortalecer nuestros corazones e iluminar nuestras mentes.

Gracias a nuestras familias y amigos quienes en los momentos de dudas, de incertidumbres, cuando los ánimos flaqueaban siempre estuvieron prestos a darnos apoyo, alientos y nos contagiaban con su optimismo y alentaban nuestra determinación.

Nuestros más sinceros agradecimientos a la Corporación Universidad Libre, a sus docentes, a su personal administrativo y operativo, quienes colaboraron en este sueño que hoy se hace realidad.

A nuestro director doctor José Eduardo Saavedra quien fue guía en el desarrollo de este trabajo, para que nuestro propósito llegara felizmente a su culminación.

CONTENIDO

INTRODUCCION

1. ASPECTOS PRELIMINARES, 15

1.1 Formulación y definición del problema, 15

1.2. Descripción del problema, 15

1.3. Justificación, 16

1.4. Objetivos, 17

1.4.1 General, 17

1.4.2 Específicos, 17

1.5. Diseño metodológico, 18

2. DERECHOS FUNDAMENTALES , 20

2.1 Estructura de los Derechos Fundamentales, 21

2.2 Requisitos Esenciales, 25

2.2.1 Conexión directa con los principios constitucionales, 25

2.2.2 Eficacia Directa, 25

2.2.3 Contenido Esencial, 25

2.2.4 Aplicación Inmediata, 26

2.3 ¿Cuáles son los Derechos Fundamentales?, 26

2.4 Los señalados expresamente en la constitución en el título II, capítulo I, 27

2.4.1 Debido proceso, 26

2.4.2 Debido proceso como garantía constitucional, 27

3. LAS NULIDADES, 40

3.1 La nulidad como garantía penal, 40

3.2 Garantismo penal, 42

- 3.3 La nulidad de los actos procesales, 43
- 3.4 Clases de nulidad, 46
 - 3.4.1 Nulidades procesales, 46
 - 3.4.2 Nulidades sustanciales, 46
 - 3.4.3 Nulidades absolutas, 47
 - 3.4.4 Nulidades relativas, 47
- 3.5 Clases de nulidad en el proceso penal- Ley 906 de 2004, 50
 - 3.5.1 Nulidad derivada de la prueba ilícita , 51
 - 3.5.2 Nulidad por incompetencia del juez Artículo 456 , 52
 - 3.5.3 Nulidad por violación a las garantías fundamentales artículo 457, 56
- 3.6 Clases de nulidad en nuestro código procesal penal- Ley 600 de 2000, 67
- 3.7 La Nulidad en algunos sistemas Penales , 65
 - 3.7.1 En el sistema romano, 65
 - 3.7.2 El sistema alemán, 65
 - 3.7.3 El sistema francés, 70

- 4. LEY 906 DE 2004 - AUDIENCIA DE ACUSACION, 67
 - 4.1 Principios orientadores de la ley 906 de 2004 en relación con el artículo 339, 67
 - 4.1.1 Principio de trascendencia., 68
 - 4.1.2 Principio de instrumentalidad de las formas, 69
 - 4.1.3 Principio de taxatividad, 69
 - 4.1.4 Principio de protección, 70
 - 4.1.5 Principio de convalidación, 72
 - 4.1.6 Principio de residualidad, 73
 - 4.1.7 Principio de acreditación, 73
 - 4.2 El juez del sistema penal acusatorio, 75
 - 4.2.1 Juez de control de garantías y juez de conocimiento, 81
 - 4.3 Audiencias preliminares, 87

4.4 Competencia de los funcionarios judiciales en el trámite del artículo 339 de la ley 906 de 2004, 89

4.5 Análisis de la jurisprudencia colombiana –derechos fundamentales, 101

5. CONCLUSIONES, 106

ANEXOS, 109

BIBLIOGRAFÍA, 110

INTRODUCCION

A partir de la constitución de 1991 se diseñó un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, haciendo énfasis en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para obtener una verdad procesal y formal, la cual materializará efectivamente la justicia. Se estructuró de esta forma un nuevo modelo, de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía es decidida en sede judicial, ya que es un funcionario con categoría de juez quien debe autorizarla teniendo en cuenta el marco de garantías constitucionales. He aquí la capital importancia del juez de control de garantías, figura creada por esta misma ley, para ejercer un control respecto de los derechos fundamentales.

Así, en desarrollo del nuevo sistema penal, que cambió sustancialmente la ley 600 de 2000, se presentaron varias modificaciones especiales, entre ellas estudiaremos una, la cual corresponde a la solicitud de nulidad como consecuencia de las actuaciones de la Fiscalía dentro de la investigación penal, dicha solicitud está establecida en el artículo 339 de la ley 906 de 2004 que establece: "...Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y Defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación...". Esta norma presenta un vacío normativo tanto en la competencia del funcionario judicial como en la oportunidad o momento procesal para solicitarla y decretarla y en consecuencia vulnera o puede violar derechos fundamentales.

El artículo anteriormente mencionado, establece que el momento procesal para solicitar las nulidades que hubieren podido presentarse dentro del proceso, es en la audiencia de acusación; es de notar que estas nulidades pueden ser originadas por la violación a derechos

fundamentales. Esta restricción normativa impide que el Juez de Control de Garantías en ejercicio de su función constitucional pueda brindar la protección adecuada a los derechos fundamentales, porque, no obstante, haber advertido que estos han sido o están siendo vulnerados, el mencionado funcionario debería ostentar la potestad de decretar la nulidad de origen constitucional en cualquier momento, con anterioridad a la realización de la audiencia de acusación. De igual manera el Juez de Control de Garantías pudiera advertir la ocurrencia de una nulidad, de este mismo tipo, con posterioridad a la realización de la audiencia de acusación, pero en virtud de la restricción impuesta por el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal está impedido para sanearla.

En el evento de existir sujeto procesal privado de la libertad, estaríamos en presencia de una conducta legal pero injusta, impropia del modelo de Estado Social de Derecho como es el nuestro; si consideramos que la nulidad se presenta previamente a la Audiencia del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, de igual manera, si la nulidad ocurre posteriormente a la celebración de aquella Audiencia ya que en este caso, se habría extinguido el momento procesal para alegar la nulidad.

En ambos casos, ya sea antes o después de la celebración de Audiencia del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal habría que esperar hasta cuando esta se realizara para que el juez decretara de oficio la nulidad, o para poder proponerla, en el primer caso. En el segundo, si la nulidad se presenta después de ocurrida la mencionada audiencia tampoco puede el juez decretarla ni puede ser propuesta. En ambos eventos se está en presencia de actuaciones impropias de un Estado Social de Derecho. Ya que la justicia es un principio y valor fundante del estado.

Es claro que existe un vacío legal, porque, si se presenta la causal de nulidad con anterioridad a la mencionada audiencia del artículo 339, no la puede decretar el Juez de

Control de Garantías o proponerla en audiencias preliminares otro sujeto procesal; es necesario esperar hasta el momento establecido en la ley, esto es, en la Audiencia de Formulación de Acusación ante el juez de conocimiento quien es el competente, según la ley, lo mismo que al presentarse una nulidad posterior a dicha audiencia establecida en el artículo 339, cuando ya se ha extinguido el momento procesal para proponerla.

Es esta la razón por la que hemos considerado realizar este trabajo con el fin de explorar, analizar y determinar si el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 es contrario a la Constitución Política de 1991 porque vulnera derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad personal, la presunción de inocencia, el debido proceso y el acceso a la justicia y es contrario a los principios rectores del Código Penal y de Procedimiento Penal, al limitar la oportunidad de solicitar nulidades a la audiencia de acusación ante juez de conocimiento según artículo 339 del código de Procedimiento Penal.

En presencia de dicha normatividad nos preguntamos: ¿debe esperar un abogado defensor hasta la audiencia del artículo 339 para solicitar una nulidad? o ¿debe resignarse un abogado defensor ante la extinción de la etapa procesal para solicitar una nulidad por transgresión a derechos fundamentales? o por el contrario, ¿quedaría al arbitrio del juez de control de garantías decidir si acata o no la norma del artículo 339 en atención al principio de la legalidad de la norma o en atención a garantías supremas constitucionales de aplicación inmediata o a la jurisprudencia? la jurisprudencia obliga a un Estado?

Al conocer dicho vacío jurídico en nuestra legislación se ha decidido conocer de fondo el problema para plantear soluciones y completar dichas prerrogativas que hoy contempla nuestra norma procesal penal en función de un proceso garantista y de esta manera evitar la trasgresión a los derechos fundamentales que con tanto ahincó ha defendido nuestra Norma Superior.

Esta investigación pretende determinar la contrariedad del Artículo 339 de la ley 906 de 2004 con normas orientadoras de la Constitución Política y normas del Derecho internacional y en general, el vacío existente en la ley 906 de 2004 al no establecer, oportunidad para proponer nulidades en cualquier momento o etapa procesal, competencia a los jueces de control de garantías para conocer de las mismas y por el contrario, deja únicamente expreso que es ante el juez de conocimiento en la audiencia de formulación de acusación quien debe conocer, limitando la competencia, la oportunidad procesal, y dejando al arbitrio del funcionario judicial poder aplicar o no, el artículo 339 ya sea atendiendo la legalidad de la norma o por el contrario atendiendo normas supremas de respeto a derechos fundamentales reconociendo la solicitud de nulidad en cualquier momento procesal (posición Jurisprudencial).

Esperamos con el desarrollo de la tesis, impulsar una demanda de inconstitucionalidad del artículo 339 de la ley 906 de 2004, pretendiendo la modificación de dicho artículo y en su lugar establezca que en cualquier momento procesal se podrá solicitar nulidades y ante cualquier juez.

Como segunda propuesta se propone la Creación de un juez de control de garantías especializado para el conocimiento exclusivo de nulidades en etapas preliminares de la investigación penal, esto porque en algunas solicitudes se estaría invocando una nulidad por vulneración a un derecho fundamental por parte de un juez de control de garantías en la cual otro juez de control de garantías homologa a él no podría conocer, pues no sería superior jerárquicamente para ese conocimiento.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 FORMULACIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.

Limitar la solicitud de nulidad a la audiencia de acusación de la ley 906 de 2004 vulnera el debido proceso y los derechos fundamentales?

¿Vulnera La ley 906 de 2004 el debido proceso y derechos fundamentales al establecer que la única etapa para alegar nulidades las cuales se pueden generar por violación a derechos fundamentales, es según el artículo 339, únicamente ante el juez de conocimiento, en la audiencia de acusación?

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Existe un vacío en el código de procedimiento penal a la hora de alegar una causal de nulidad por violación a derechos fundamentales puesto que el código establece en su artículo 339, que la única etapa para hacerlo es ante el juez de conocimiento en la audiencia de acusación, como consecuencia de lo anterior, un juez de control de garantías que como su misma palabra lo dice de “garantías” protector de derechos fundamentales y mínimas garantías no podría tener conocimiento de esta nulidad para decretarla, ni en ninguna otra etapa anterior o posterior a la establecida por el Código de Procedimiento Penal. Así las cosas la misma ley estaría en contra de la Constitución Política, de los principios rectores del mismo código de procedimiento en lo que tiene que ver con el respeto al debido proceso y derechos fundamentales. De tal forma si se comete una nulidad después de esta etapa

procesal no se puede alegar porque el momento oportuno para ello ya transcurrió, de tal suerte que queda claro que los derechos fundamentales de un procesado estarían siendo conculcados ante dicha situación. Nuestro trabajo se debe a que actualmente conocemos casos donde el juez aplica la norma (artículo 339 C.P.P) exegéticamente porque sigue con la convicción que el competente es el juez de conocimiento.

De acuerdo con el código de procedimiento penal en el capítulo XVIII, las nulidades son taxativas y no podrá plantearse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en el Título VI de la ley 906 de 2004 (arts. 455 a 458) y que se relacionan a continuación: 1. Nulidad derivada de la prueba ilícita; 2. Nulidad por incompetencia del juez; 3. Nulidad por violación a las garantías fundamentales (por violación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, como iniciar el juicio público oral estando pendiente de resolver recurso de apelación que se refiera a la negación o admisión de alguna prueba).

OPORTUNIDAD. Las nulidades que se presentan durante la indagación e investigación y hasta el momento de presentación del escrito de acusación por parte del fiscal, deberán plantearse oralmente en la Audiencia de formulación de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio. (Urrutia Mejía 2008)¹. La ley no prevé que exista nulidad después de la etapa audiencia de formulación de acusación, es claramente visible que existe un vacío legal, si se llegará a presentar una nulidad después de esta audiencia no se sabe cuál es el momento procesal para presentarla.

¹ URRUTIA M. y CUESTA H, Francisco. Sistema Penal Acusatorio, Audiencias preliminares y juicio oral. Teoría y Práctica. Editorial Ibañez, Bogotá 2008.

1.3 JUSTIFICACIÓN.

Es importante abordar este tema porque afecta gravemente las garantías mínimas de las personas a las cuales se está procesando, garantías que se encuentran protegidas en la carta constitucional y normas de carácter internacional.

Se propende con la investigación concientizar a los funcionarios que la solicitud de nulidad no debe esperar y no debe limitarse, pues la ley debe velar porque esta garantía se pueda proponer en cualquier momento del proceso, ya sea en etapas preliminares ante juez de control de garantías o ante juez de conocimiento, cuando realmente sea eminente la afectación a los derechos fundamentales. Además de lo anterior, es importante abordar el tema para el buen desarrollo del aparato jurisdiccional debido a que evita la dilación, pérdida de tiempo y trabajo de los funcionarios públicos que deben comenzar desde el inicio una investigación, por la declaratoria tardía de una causal de nulidad. Así mismo los profesionales del derecho, serán beneficiados ya que las actuaciones serán eficientes y rápidas.

Esta investigación pretende determinar la contrariedad del artículo 339 de la ley 906 de 2004 con normas orientadoras de la constitución política y normas de carácter internacional y en general el vacío existente en la ley 906 de 2004 al no establecer si los jueces de control de garantías y/o en cualquier momento, los funcionarios judiciales puedan conocer de nulidades y por el contrario dejar únicamente expreso que es ante el juez de conocimiento en la audiencia de formulación de acusación quien debe conocer, dejando al arbitrio del funcionario judicial poder aplicar o no, el artículo 339 ya sea atendiendo la legalidad de la norma o por el contrario atendiendo normas supremas de respeto a derechos fundamentales dentro de un estado social de derecho que nos caracteriza hoy.

1.4 OBJETIVOS.

1.4.1 General Determinar si la ley 906 de 2004 vulnera el debido proceso y derechos fundamentales al establecer que la única etapa para alegar nulidades es según el artículo 339, únicamente ante el juez de conocimiento, en la audiencia de formulación de acusación.

1.4.2 Específicos

* Determinar si existe vulneración al debido proceso en la limitación de la solicitud de nulidad únicamente en la audiencia de formulación de acusación.

* Determinar si existe vulneración a otros derechos fundamentales en la limitación de la solicitud de nulidad únicamente a la audiencia de acusación.

* Determinar si la ley 906 de 2004 en su artículo 339 deja al arbitrio de los funcionarios judiciales la aplicación o no de la norma por existir un vacío de la norma o poca claridad en la misma.

*Analizar los principios orientadores del código de procedimiento penal: ley 906 de 2004 y constitución política con el fin de verificar si el artículo 339 de la ley 906 de 2004 se adecua a ellos.

1.5 DISEÑO METODOLÓGICO.

PARDINAS 2005, manifiesta que: “Considero la metodología como una sistematización de las operaciones del sentido común para evaluar conocimientos”

Método: Método Teórico

Tipo: Dialéctico

El método dialéctico representa una concepción del mundo que guía el proceso de apropiación de fenómenos concretos (...) Se utiliza tanto como medio para conocer objetivamente la realidad como para dirigir su transformación (ROJAS 2012)

Fuentes: Primarias

- Técnicas: Encuesta exploratoria: Se basa en tener un primer acercamiento al fenómeno o tema estudiado identificando las características generales o dimensiones del problema.
- Encuesta descriptiva: El propósito es describir con precisión las características del fenómeno observado, tal como es: el fenómeno tal como está sucediendo al momento de realizar la investigación. Tamayo y Tamayo señalan concretamente que este tipo se fundamenta no solo en la descripción, sino además en el registro, análisis e interpretación del fenómeno o acontecimiento
- Encuesta explicativa: Se basa en describir la frecuencia con que ocurre un fenómeno asociado a otro.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos que pasan de ser demandas morales para convertirse en derechos jurídicos²; estos derechos fundamentales deben ser subjetivos, ello implica el poder que tienen todas las personas para hacer exigibles sus derechos, en cualquier momento y sobre cualquier circunstancia.

Los derechos fundamentales se observan día a día en nuestra sociedad y son básicos para la protección de la vida Humana. Protegen nuestra libertad para movernos, expresarnos, pensar, creer; y nos garantizan la satisfacción de las necesidades básicas y el ejercicio efectivo de las prerrogativas políticas que tenemos como ciudadanos, y aseguran que recibamos un trato igual por parte del Estado³ (Borowski, 2003).

Son componentes básicos de todo ordenamiento jurídico, en razón de que ostentan la máxima jerarquía en el derecho y de su formulación breve y por lo regular carente de una forma precisa, en muchos casos se originan discusiones acerca de cuál es la solución correcta desde su punto de vista.⁴

² ESCOBAR, Guillermo. *Introducción a la Teoría jurídica de los Derechos Humanos*. Cicode, trama editorial. Barcelona, 2005.

³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción por Carlos Bernal Pulido. Ed. Universidad externado de Colombia. Bogota. 2003.

⁴ Ibid

Martin Borowski⁵ nos habla en su libro acerca de “la estructura de los derechos fundamentales” los cuales están divididos en dos clases de derechos fundamentales como son:

“Derechos fundamentales supranacionales y nacionales”

Los primeros corresponden a las libertades fundamentales de la Unión Europea, como son derecho a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de datos de carácter personal, libertad de expresión y de información entre otros, que fueron principios desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Luxemburgo.

Aunque muy pronto se reconoció ampliamente todo un conjunto de libertades fundamentales no económicas, las cuales garantizaban el desarrollo integral de la persona. Hace más de un año se aprobó un completo catálogo de derechos fundamentales para la Unión Europea, que sin embargo no tiene validez para los actos jurídicos de los Estados Nacionales, si no solo para los actos jurídicos de la Unión Europea. El paralelismo entre los Derechos Fundamentales Nacionales y supranacionales origina también un paralelismo entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional Nacional y la Corte Supranacional, que conduce a conflictos de competencias⁶.

Los Derechos Nacionales son derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los Derechos Humanos en derecho positivo⁷.

⁵ Ibid

⁶ BOROWSKI, Martin. *Op. Cit.*

⁷ ACNUR Y MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE COLOMBIA. “Directriz de Enfoque Diferencial para el goce efectivo de derechos de las personas mayores en situación de desplazamiento forzado en Colombia”. Primera Edición. Bogota. 2011.

A diferencia de los derechos fundamentales nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente.

Ferrajoli⁸ propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de «derechos fundamentales»: son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

El núcleo esencial de un derecho fundamental es el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Consistente en aquellas facultades necesarias para que el derecho sea reconocido como lo que es, sin que se desnaturalice. Se viola el núcleo esencial de un derecho cuando en su regulación legislativa o aplicación jurisprudencial queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable dificultan irrazonablemente su ejercicio o lo privan de protección⁹.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte Constitucional¹⁰:

El concepto de derecho fundamental, es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas. Colombia acogió esta figura en la Constitución de 1991. Una definición sintética de estos derechos es la siguiente: son los derechos inherentes a la persona humana. Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en Colombia han sido reconocidos por la Corte Constitucional algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda

⁸ FERRAJOLLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Editorial Trota. Fernández. Madrid, 2009

⁹ FIERRO, H. *Los recursos en el proceso penal*. Ed. Leyer. Bogotá, 2008. Pág. 169.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T- 778 de junio de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

generación, es decir, ha reconocido como derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna, Derechos tales como el mínimo vital y la salud entre otros. (Universidad de Antioquia – Formación Ciudadana y Constitucional Facultad de Derecho- Vicerrectoría de Docencia - /docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_fundamentales.html.)(Corte Constitucional, 1992.)

El título II capítulo I de nuestra Carta Política se ocupa según se indica de forma expresa de los "derechos fundamentales", sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido que el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, sino que fue su voluntad conferir simplemente un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales.¹¹

Se puede afirmar a partir de esta sentencia que no solo son derechos fundamentales los que están contenidos expresamente en la Constitución, sino que la Corte Constitucional utiliza otros criterios interpretativos para reconocer otros derechos fundamentales, los cuales los estipula en sus sentencias, en donde dejan claro que si bien dichos derechos no están consagrados en la Constitución, son fundamentales para todas las personas, y el Gobierno debe garantizar dichos derechos con todos los mecanismos que estén a su alcance.

Para la Corte Constitucional hay criterios principales y subsidiarios de interpretación. Acoge como principales: el que se trate de un derecho esencial de la persona y el reconocimiento expreso de la Constituyente (un caso ejemplificativo es el artículo 44 que se refiere a los derechos de los niños como derechos fundamentales); acoge como criterios auxiliares, los cuáles no bastan por sí solos: la inclusión del derecho en tratados internacionales, que se trate de un derecho de aplicación inmediata; que posea un "plus" para su modificación (se refiere a los que requieren de referendo para ser reformados) y por último la ubicación y denominación.¹²

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.¹³

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.¹⁴

2.2 REQUISITOS ESENCIALES

2.2.1 Conexión directa con los principios constitucionales: Los principios constitucionales son la base axiológica-Jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia No. T-406 de Junio de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

¹⁴ Ibid

estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.¹⁵

2.2.2 Eficacia Directa: Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional¹⁶.

2.2.3 Contenido Esencial: Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.¹⁷

Y existen otras maneras de poder llegar al conocimiento de cuando un derecho se considera fundamental:

2.2.4 Aplicación Inmediata: Que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos. La aplicación inmediata de los derechos quiere decir que hay derechos que simplemente basta su consagración en la

¹⁵ FIERRO Heliodoro Méndez. Op. Cit., pág. 169

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 170.

Constitución para que tengan operancia y efectividad; que no necesita ley que los reglamente.¹⁸

En este caso podemos hablar claramente del debido proceso, como derecho fundamental que no requiere de ley que lo reglamente.

2.3 ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?¹⁹

La Corte Constitucional determinó unos criterios y requisitos de distinción que permiten identificar un derecho de naturaleza fundamental:

- Los señalados expresamente en la Constitución en el título II, Capítulo primero.
- Los derechos no fundamentales pero que adquieren esa categoría por conexidad.
- Los consagrados en los tratados y convenios internacionales ratificados por el estado.
- Los que tengan un carácter inherente a la persona humana, no están señalados en la constitución.

¹⁸ Ibid

¹⁹ AA.VV. Constitución y Ciudadanía. Google Sites. En [www.sites.google.com/site/constitucionyciudadania/extra-credit/-cuales-son-los-mecanismos-de-proteccion-1/-cuales-son-los-derechos-fundamentales]

2.4 LOS SEÑALADOS EXPRESAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN EN EL TÍTULO II, CAPITULO I.

DERECHO A EXPRESAR Y DIFUNDIR NUESTRO PENSAMIENTO Y OPINIÓN

DERECHO A LA HONRA

DERECHO A LA IGUALDAD

DERECHO A LA LIBERTAD

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS

DERECHO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

DERECHO A LA PAZ

DERECHO A LA VIDA

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

DERECHO AL HABEAS CORPUS

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

DERECHO AL TRABAJO

DERECHO DE APELACIÓN O CONSULTA

DERECHO DE CIRCULACIÓN Y MOVILIZACIÓN

DERECHO DE PETICIÓN

DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Observemos uno de los más importantes derechos fundamentales objeto de estudio en nuestro trabajo:

2.4.1 Debido proceso

2.4.1.2 Debido proceso como garantía constitucional La Garantía Constitucional del Debido Proceso, contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, revela la facultad reconocida a los individuos o grupos de participar en los procesos que se

vean involucrados, dicha facultad, además de relacionar activamente a las partes, sirve como instrumento para asegurar la imparcialidad y debida aplicación de la ley de este modo, propugna la protección de los derechos esenciales de las personas. El debido proceso es la guía de justicia, la cual ayuda a las facultades que deja la Constitución al legislador y la Ley al organismo ejecutivo (administrativo o judicial), que es lo axiológicamente válido del actuar de estos órganos; es decir, hasta donde deben restringir el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.

El vocablo ‘garantías’ a nivel Constitucional, son los Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos, y ‘proceso’ es aquel conjunto de etapas instituidas para la resolución de los conflictos a través de la función jurisdiccional.²⁰

Es así como las garantías procesales son de gran importancia al igual que los principios que convalidan el derecho penal material, no podemos ignorar la aplicación de la parte material y procesal de la ley penal, por todo esto debe preocuparse el jurista por hacer efectiva dichas garantías en el desarrollo de su actuación y darles efectividad; El derecho procesal penal tiene inmerso derechos fundamentales que legitiman las actuaciones procesales.

El debido proceso pertenece a los derechos civiles y políticos y consiste: “en el conjunto de garantías procesales que protege al individuo cuando se convierte en sujeto pasivo de la justicia del estado. En dicha circunstancia toda persona tiene derecho a un proceso judicial justo, público y rápido, con asistencia letrada, recurso de apelación y todas las demás garantías que establecen el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos constitucionales nacionales”.²¹

La corte constitucional en sentencia T-496 de 1992 dijo que “La figura del debido proceso, es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en

²⁰ R. A. E. “Diccionario de la lengua Española”. Vigésima segunda edición.

²¹ VALENCIA, Hernando. *Diccionario de derechos humanos*. Espasa.Madrid.2003.

general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular”.²²

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no solo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas.²³

Es claro, que los derechos fundamentales son exclusivos de los ciudadanos que deben ser ejercidos frente al estado, caso contrario el estado carece de estos derechos por lo que la obligación de este es proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos entre estos se encuentra el debido proceso, derecho fundamental de importancia nacional e internacional, el cual se vulnera al presentarse un vacío en la ley procesal que no establece que la nulidad como remedio a la vulneración de un derecho fundamental se pueda presentar en cualquier momento y ante cualquier juez, en especial al juez de garantías quien es un juez constitucional.

“En síntesis, es importante rescatar el concreto que le merecía al maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA, el principio de la humanización de la justicia judicial consagrado en sus textos cuando expresaba: El proceso judicial de cualquier clase exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan unas garantidas importantes para el debido ejercicio de derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, pues se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos.”²⁴

²² CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-496 de Agosto de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

²³ OLANO, Hernán. *Constitución Política de Colombia*. Séptima Edición. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá 2006, Pág. 139.

²⁴ CORTES, Margarita. Justicia penal eficaz. Revista Nueva Época número 20. Corporación Universidad Libre Facultad de derecho. Bogotá D.C, Agosto 2003. Pág. 34.

Para continuar, es necesario analizar la historia del Debido Proceso. El Debido Proceso adquiere cuerpo en 1215 con la Carta Magna, las ‘cartas’ eran los únicos medios para limitar el poder del soberano, ya que el pueblo estaba cansado de la tiranía del rey Juan, los barones, los obispos y los ciudadanos se levantaron en armas y lograron que se les otorgara una carta de libertades.²⁵ Bajo el texto de dicha carta se desarrolló la institución garantista del Debido Proceso. Después de estos acontecimientos surgió una figura denominada el ‘due process of law’ el cual se refiere a aquellas reglas que solas pueden consentir la legítima privación de libertad a un individuo.

La primera representación del Debido Proceso en la Constitución se ubica después de declarada la independencia de las colonias americanas en la Constitución Federal de Estados Unidos en 1789. Con el constitucionalismo la garantía del Debido Proceso es reconocida como un derecho fundamental, consagrado en un instrumento de derecho público y cuya titularidad no se limita ya a los miembros de un estamento feudal, sino que se presenta como un derecho de todos los ciudadanos de un Estado o de todos los hombres por el hecho de serlo.²⁶ La segunda representación en que los derechos individuales juegan un importante papel, es en la Revolución Francesa. En agosto de 1789 la Asamblea Nacional proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La diferencia con la primera representación, radica en que mientras en la independencia americana se buscaba construir un nuevo Estado, en la Revolución Francesa se buscaba construir un Estado opuesto al anterior.

En el plano nacional, el primer esbozo del Debido Proceso fue ‘el Acta de la Constitución del Estado libre e Independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810,²⁷ calificada esta

²⁵ OTEIZA, Eduardo. *El Debido Proceso: Evolución de la Garantía y Autismo Procesal*, “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Temis. Panamá, 2003. p. 6.

²⁶ PALACIO, Martha. *Debido Proceso Disciplinario*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001. p. 39.

²⁷ SYC S.A. *Proyecto cultural “Acta de la constitución del estado libre e independiente del Socorro”* Socorro, Santander, 15 de agosto de 1810, versión 2010.

como el primer código constitucional que se expidió en Colombia,²⁸ esta afirmación fue elaborada por el pueblo oprimido por más de 300 años de colonialismo, las normas consagradas buscaban limitar el ejercicio del poder para protegerse, haciendo valer sus derechos y de este modo evitar repetir aquel pasado colonial. Así nace el Debido Proceso Constitucional, fruto del sentir de los pueblos para acabar el castigo arbitrario y las violaciones a la libertad personal, este principio desde aquellos tiempos ha venido orientado hasta ahora a los jueces un juicio encaminado hacia una real justicia.

En la actualidad, esta garantía constitucional goza de protección internacional, al ser ratificados por nuestro Estado Colombiano. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se estableció que toda persona puede asistir a los tribunales para hacer valer sus derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 10, reconoció derechos que toda persona debe tener, debe existir plena igualdad, derecho a ser oída públicamente con justicia por un tribunal independiente e imparcial.

Al comparar la Declaración Americana con la Declaración Universal, la Declaración Universal es más específica que la Americana en cuanto al alcance de la garantía procesal, pues en esta se reconoce el derecho a ser oído públicamente para la determinación de derechos, además de forma teleológica, surge con mayor nitidez el concepto de igualdad de las partes en disputa y las nociones de independencia e imparcialidad.²⁹ En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 14, consagra las garantías procesales, superando a las dos declaraciones anteriores, pues esta además adiciona al derecho de ser oído públicamente, que esta acción se cumpla con las debidas garantías judiciales, y agrega la noción de publicidad.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su artículo 1.1, englobando las disposiciones anteriores, estipula que «Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda

²⁸ URIBE, Diego. *Constituciones de Colombia. Tomo 1.* 1ª ed. Madrid. Cultura Hispánica, 1977, p. 301.

²⁹ OTEIZA, Eduardo. *Op. Cit.* p. 6.

persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna»³⁰ (Convención americana sobre derechos humanos, 1969), considerando como obligación general, el deber del respeto de las garantías otorgadas a los individuos mediante su jurisdicción.

Con la aparición de los Derechos Humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del Debido Proceso. En el Ordenamiento Constitucional Colombiano, el Debido Proceso es la auténtica protección de las garantías del Derecho Procesal Constitucional, el cual es reconocido a toda persona en razón de su Dignidad Humana, es patente por encima de cualquier texto legal que quiera desconocerlo y debe estar conformado tanto por las garantías contempladas en el articulado de la Constitución, como también por aquellas contenidas en códigos y leyes generales o especiales aplicables a un determinado caso. Es decir, que al incurrir en la violación de sus garantías representadas en cualquiera de estas normas, finalmente se estaría violando el Derecho Fundamental al Debido Proceso más que a la norma particular procesal³¹

La Corte Constitucional en sentencia T-039 de 2011 construyó que:

“Su descripción busca precisamente garantizar las condiciones justas y equilibradas para el desarrollo de un proceso judicial. Por ello deben ser vistas como desarrollo de un principio aún más general y determinante que es la configuración de un juicio justo o para el caso un procedimiento administrativo justo.»³²

El debido proceso constituye un postulado básico del Estado de derecho y se traduce en la facultad del ciudadano inmerso en una actuación judicial o administrativa a exigir:

³⁰ Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

³¹ Disponible en Internet: [www.profesorjimenez.com.ar/cdroms], ingresando a 7 jornadas de derecho procesal, exposiciones y luego Gozáni.

³² CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-039 de Febrero de 2011. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Un proceso público y expedito en el cual se reconozcan todas las garantías sustanciales y procesales, desarrollado ante una autoridad competente que actúe con independencia e imparcialidad, y sin tener en cuenta consideraciones distintas a las previstas en la Ley.³³

El derecho al Debido Proceso, es decir, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de la aplicación de la ley sustancial, se traduce en materia penal, cuando el Estado a través de sus organismos de persecución y enjuiciamiento criminal proyecta y realiza el conjunto de actuaciones tendientes a investigar, juzgar y condenar al presunto responsable de un delito, "debe" respetar, cumplir y hacer cumplir las normas que previamente se han establecido en abstracto para "proceder" con dichas actuaciones³⁴

De tal manera, que el derecho al debido proceso es el reflejo del anhelo de toda sociedad democrática, o como señala la Corte Constitucional:

El deseo del legislador de rodear al ciudadano de un conjunto de garantías que implican el respeto y el cumplimiento de los procedimientos, en especial la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, o lo que es lo mismo de la facultad de ejercer el derecho de defensa.³⁵ (Corte Constitucional, 1993)

Afirmación de la que se deduce que en forma inherente y viniendo del mismo origen al principio del debido proceso, se encuentra la del derecho de defensa y todas aquellas garantías que se desprenden de estas categorías fundamentales, todas las cuales se encuentran reconocidas por la Constitución Política en el artículo 29 en concordancia con

³³ ALBARRACÍN, José. *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. Tomo II Audiencias en el Juicio Oral. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2005.

³⁴ Disponible en Internet: [www.unilibrepereira.edu.co/catehortua/posgrados/archivos2], ingresando a TRABAJO DEBIDO PROCESO.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-348 de Agosto de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

los artículos 31, 33, 228, 229 y 250, y por el bloque de Constitucionalidad³⁶, derivado por vía del artículo 93 de la misma Carta Política.

Según lo dispone el artículo 85 de la Constitución Nacional y como lo estipula la Corte Constitucional en la sentencia C-217/96 en la cual hace referencia a la aplicación inmediata del debido proceso:

“el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que, para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita, en otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible”³⁷

Una cosa es la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta, y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso en relación con cada caso, que siempre tendrá por factor de comparación lo dispuesto en la ley correspondiente. Eso implica que, si bien el Derecho Constitucional al debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si tal derecho ha sido respetado o es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso.³⁸

³⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 10 y 11; declaración americana de derechos y deberes del hombre artículo 26; pacto internacional de derechos civiles y políticos, artículos 14 y 15, convención americana sobre derechos humanos, artículos 8 y 9.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia C-217 de Mayo de 1996. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ NOVOA, Néstor. *Actos y Nulidades en el proceso penal*. Tomo II. 3ra Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá, 2003.

De tal manera, que el debido proceso entraña varias garantías fundamentales, incluso podría afirmarse que es la máxima “expresión” de las garantías fundamentales en el marco de una intervención estatal en materia judicial, siendo así que todas las vulneraciones a derechos fundamentales podrían alegarse por vía de violación al debido proceso en un sentido amplio, pues afectaciones graves a los derechos garantistas, tales como, carencia de defensa técnica, desconocimiento de la presunción de inocencia, privación ilegal de la libertad, vulneración no autorizada a la intimidad, incompetencia del juez, entre otras, no son más que incumplimientos directos de las reglas establecidas en forma previa por la sociedad a través del Legislador para potenciar la actividad judicial del Estado.³⁹

Ahora bien, teniendo en cuenta los argumentos de la Corte Constitucional en la sentencia C-217/96 y en caso hipotético de presentarse nulidad por incompetencia del juez: como vulneración al derecho del debido proceso, dentro de una audiencia preliminar ante juez de control de garantías, dicho derecho por tratarse de aplicación inmediata, no requiere de ley alguna para hacerlo efectivo, no precisa de estatuto legal para hacerlo reclamable y su remedio mediante una acción de nulidad debe ser de forma inmediata; Así las cosas, es el juez de control de garantías quien debe sanear en forma oportuna y plena ya sea de oficio o a petición de parte dicha vulneración.

La misma sentencia C-217/96 manifiesta: es precisamente el legislador el llamado a definir los hechos y circunstancias que dan lugar a las nulidades y también el encargado de estatuir lo relativo a las posibilidades de saneamiento o convalidación de actos o etapas procesales, la manera y términos en que pueden obtenerse.

Una vez entrada en vigencia la ley 906 de 2004, el legislador en uso de sus facultades estableció que las nulidades se invocan en el artículo 339 ante el juez de conocimiento en la audiencia de acusación, es decir, audiencia posterior a las de conocimiento de los jueces de control de garantías, eliminó de esta forma la aplicación inmediata del debido proceso en

³⁹ ALBARRACÍN, José. *Op. Cit.*

caso de vulneraciones en audiencias preliminares y resto competencia al juez de control de garantías para conocer sobre ello; Por todo lo anterior, es clara la vulneración a este derecho con la limitación establecida en el artículo 339.

Por lo tanto, sin perjuicio de los derechos fundamentales que en forma específica se comentarán en los siguientes numerales de éste capítulo, a continuación se presenta un listado «no taxativo» de los derechos que en forma usual se derivan del debido proceso:⁴⁰

- A la preexistencia de la ley penal.

- Al juez o tribunal competente.

- Al acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad.

- A la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, no circunscrito a la aplicación conceptual y temporal de la etapa del «juicio» en materia procesal penal.

- A la permisividad y favorabilidad de la ley penal.

- A la presunción de inocencia, con todas y cada una de las consecuencias sustanciales, probatorias y formales inherentes a tan elevado principio de derecho penal.

- A la defensa técnica, suministrada por los propios medios (Defensor de confianza) o por el Estado (defensa pública).

- A un proceso sin dilaciones injustificadas.

- El ejercicio real y eficaz del principio de contradicción probatoria.

⁴⁰ Ibíd.

- A estar presente en el proceso, una de las formas de ejercer la defensa material.
- A que haya solo un juzgamiento por el mismo hecho (non bis in idem).
- A la nulidad y/ o exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, o lo que es lo mismo con desconocimiento o vulneración de derechos fundamentales.
- A la imparcialidad del juez.
- A ser informado de los motivos por los cuales está siendo detenido.
- A ser juzgado y afectado en sus derechos fundamentales por un funcionario de la rama jurisdiccional. Juez, imparcial, neutral e independiente.
- A tener posibilidad de que un superior jerárquico del juez revise sus decisiones, principio de la doble instancia.
- A que en ejercicio del anterior principio, el superior no le agrave la situación al recurrente (reformatio in peius).

Así como es de amplio el espectro de derechos y principios inherentes a la garantía del debido proceso, es necesario señalar que el catálogo de posibles violaciones involucra hechos y omisiones de amplia dimensión cuantitativa y cualitativa que desbordarían con creces el objeto de éste trabajo, por lo tanto, a continuación se refieren las vulneraciones más frecuentes en materia criminal y, entre estas, a aquellas que según valoración a priori serán objeto de debate en control de garantías a través de las denominadas audiencias preliminares, continua Albarracín:

La inobservancia de los procedimientos previstos para cada caso:

- Restricciones a la libertad sin el cumplimiento de requisitos jurídico procesales establecidos.
- Restricciones a la intimidad sin el cumplimiento de los requisitos jurídico procesales establecidos.
- Restricciones a la propiedad sin el cumplimiento de los requisitos jurídico procesales establecidos.
- Incompetencia del juez ante quien se procede a ejercer la respectiva actuación, es decir incompetencia del juez de garantías.
- Incumplimiento de los términos previstos para la comparecencia y legalización de una actuación adelantada por la Fiscalía o la Policía Judicial ante el juez de garantías.
- No presencia y asistencia de defensa técnica en aquellas diligencias y actuaciones que en virtud de mandato legal o constitucional así lo exigen.
- No información del derecho a guardar silencio al ciudadano objeto de investigación penal cuando es detenido o concurre a entrevista con el fiscal o cualquier otro funcionario estatal.
- Cualquier presión física o psicológica por parte de funcionario estatal o particular para que declare el ciudadano investigado en contra de sí mismo o aporte prueba que lo incrimine.
- No información de los motivos por los cuales se le ha capturado o retenido.

- No aplicación de normas que por favorabilidad, legalidad o permisividad favorecerían al ciudadano investigado por el Estado.
- Iniciación y/o continuación de la investigación por parte del Estado sin informar al ciudadano que está debidamente identificado en las diligencias adelantadas por la Fiscalía o la Policía Judicial.
- Cualquier acto u omisión que implique una trasgresión a la presunción de inocencia, es decir que conlleve implícita o explícitamente la "presunción de culpabilidad".

Este listado preliminar se construye con base en las formulaciones teóricas sobre los derechos fundamentales involucrados al debido proceso y la práctica dentro del esquema restrictivo vigente. Dentro del esquema acusatorio propuesto, será el conocimiento y la acuciosidad de los defensores la que permita que, por vía del control de garantías, el juez proteja un mayor número de derechos y principios fundamentales inherentes al debido proceso que conllevan a una posible nulidad de la actuación, pero según la ley o el legislador cual es la oportunidad legal para proponer una nulidad?.

La Corte ha señalado en la violación del debido proceso –como constitutiva de nulidad lo siguiente:⁴¹

Desde esta perspectiva y en tratándose del sistema acusatorio regulado en la Ley 906 de 2004, el debido proceso se afecta cuando, por ejemplo, el fiscal formula la imputación sin acatar los requisitos sustanciales de ese acto, o cuando se celebra la respectiva audiencia careciendo el imputado de defensor; o si se lleva a cabo la formulación de la acusación pretermitiendo la audiencia de imputación; o cuando se inicia el juicio oral sin la antecedente audiencia preparatoria, o se dicta sentencia sin realizar el juicio oral —excepto, claro, cuando el fallo es fruto de un preacuerdo o la aceptación de cargos—, pues en todos esos eventos se estaría pretermitiendo un acto procesal que la ley establece como antecedente determinante del que le sigue en forma inmediata.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia). Sala de casación penal de Noviembre de 2008. Rad 29053.M.P.: José Leónidas Bustos.

3. LAS NULIDADES

3.1 LA NULIDAD COMO GARANTÍA PENAL

Ahora bien, el planteamiento de una nulidad dentro del proceso penal implica un garantismo total propia de un Estado Social de Derecho; como lo manifiesta Ferrajoli⁴² la ampliación del significado del término “garantías” y la introducción del neologismo “garantismo”, para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son, en cambio, relativamente recientes. Conceptualiza derechos fundamentales como derechos universales y por ello indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden a prohibiciones de lesionar, o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.⁴³

De otra parte, el Derecho Penal de los últimos días, en todo el mundo se está moviendo en medio dos grandes tensiones⁴⁴: la primera que se conoce como el ‘garantismo’ penal, también conocido como el derecho penal de ciudadano, que supone la necesidad de juzgar al sindicado de la comisión de un delito bajo dos finalidades específicas, una el conocimiento de la verdad y dos el respeto de las garantías procesales, al punto que no tiene

⁴² FERRAGOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid, 2008.

⁴³ Ibid

⁴⁴ RESTREPO, Hugo. *Derecho penal Internacional: Entre Garantismo y Eficientismo*. (On-line) Disponible en: www.pandectasperu.org/revista/no200907/hrestrepo.pdf

sentido, y por ello mismo, se considera ilegítimo, un procedimiento penal que obtenga la verdad de los hechos con el desconocimiento de las garantías procesales del ciudadano.⁴⁵

La segunda posición se conoce como la eficacia penal, que supone la lucha contra la impunidad a toda costa, aún con el desconocimiento de garantías procesales, bajo el entendido de que el delincuente es un enemigo para la sociedad y ésta a través del poder del Estado tiene el deber de sancionarlo. Es por ello, que a esta segunda corriente se le conoce también como derecho penal de enemigo.⁴⁶

3.2 GARANTISMO PENAL

Para hablar de garantismo penal nos debemos remitir a la obra “Derecho y razón” de Luigi Ferrajoli⁴⁷ siendo el principal autor de la llamada teoría del Garantismo, que tiene por finalidad la tutela de las libertades individuales, garantizando los derechos de la persona respecto del ejercicio arbitrario del poder, esencialmente en el Derecho Penal.

Ferrajoli nos habla respecto de dicho garantismo el cual no es exclusivo del derecho penal, ya que existe un garantismo patrimonial y social, pero el garantismo que se va tratar es el garantismo penal, el cual es aprovechado para las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad.

⁴⁵ RESTREPO, Hugo. *Derecho penal Internacional: Entre Garantismo y Eficientísimo*, Ed. Universidad Javeriana. Bogotá. 2011. (On-line) Disponible en: www.revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/552/690.

⁴⁶ Ibid

⁴⁷ FERRAGOLLI, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal*. *En*: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 31, Sección de Previa, 2001. (On-line) Disponible en Internet: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf; ISSN 1405-0935.

El garantismo que postula Ferrajoli, se vincula directamente con el pensamiento penal que se tiene en el Estado, es decir que trata de minimizar el poder punitivo del Estado, por medio del estricto sometimiento a las normas constitucionales que reglamentan el procedimiento penal

3.3 LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Se define la nulidad como la sanción procesal con que la ley determina un "acto procesal, privándolo de sus efectos jurídicos por haberse apartado de los requisitos o formas que la misma ley señala para la eficacia del acto."⁴⁸

Es importante dejar establecido que la función de nulidad en cuanto sanción procesal "no es la de afianzar el cumplimiento de las formas porque sí, sino el de consolidar los fines asignados a éstas por la ley".⁴⁹

Una vez que un acto procesal se declara nulo por estar viciado, pierde eficacia dentro del proceso y se le tiene como no ocurrido. Es decir, se le priva de los efectos que normalmente debía producir, privando igualmente de esos efectos a los actos que de él dependían.

Etimológicamente el vocablo Nulidad, del latin nullitas, significa negación de la esencia del ser. Proviene del adjetivo nullus-a-um, que traduce nulo, ninguno, que no es.⁵⁰

⁴⁸ DE QUIROZ, Carlos. Y RODRÍGUEZ, Walter. *Nulidades en el Proceso Penal*. Ediciones jurídicas cuyos. R. L. Mendoza, 1982.

⁴⁹ Ibid

⁵⁰ NOVOA, Néstor. *Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y acto prueba*. Tomo II quinta Edición. Bogotá, 2011, pag.1004

Rodríguez Saiach⁵¹ citando a Vélez Sarsfield, dice: “Desde un punto de vista general “anular es obrar sobre lo que ha sido hecho en contra de las formas prescritas.” Desde un punto de vista específico, la nulidad es una sanción por inobservancia de las formas”.

Maurino⁵² define la Nulidad procesal como: “el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido”.

Acordes con esta definición, los elementos estructurales de toda nulidad son⁵³:

3.3.1 Estado de anormalidad del acto procesal: Según Novoa Velásquez citando a Carnelutti,⁵⁴: “el acto procesal es una especie del acto jurídico, denotada por el carácter procesal del cambio jurídico, en que se resuelve la juridicidad del hecho, esto es, el efecto jurídico del hecho material, en que la procesalidad del acto no se debe a su cumplimiento en el proceso, si no a su valer para el proceso, es evidente la importancia de la teoría del acto procesal, especialmente en lo que hace a su formación, si ella no está revestida de las mínimas exigencias consideradas por el legislador, su nacimiento es irregular, en atención a las omisiones o vicios que lo limitan negativamente, no teniendo entonces la fuerza jurídica para la regulación del hecho social, apareciendo como carente de validez para el proceso, como que ni siquiera, así concebido, ha permitido que se cumpla la finalidad que el acto procesal persigue”.

⁵¹ RODRÍGUEZ, Luis. *Teoría y Práctica de las nulidades y recursos procesales*. Editorial Gowa profesionales. Buenos aires, Argentina, 1999. Pags.145 y 146

⁵² MAURINO, Alberto. *Nulidades Procesales*. 1ª reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985, Pág. 16.

⁵³ NOVOA, Néstor. Op. Cit., pag.1004

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Quinta edición, Volumen I, Editorial Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1980.

3.3.2 Originado en la carencia de algunos elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos Refiriéndose Carnelutti (1980) a la regulación formal del acto procesal, considera que “la palabra forma, en el lenguaje científico y jurídico, es una de aquellas que presentan mayor variedad de significado y, por eso, mayor dificultad para la definición del concepto, que sirve para denotar” aconsejando mejor, y así lo demuestra el cambio por parte del autor en el campo de la teoría general, la sustitución del vocablo “forma” por el de “actuación”, al menos en lo que a la sistematización del proceso penal se refiere.

Todo acto procesal de naturaleza compuesta debe seguir en su tiempo de formación, una serie de elementos necesarios que no solo lo estructuran y le dan vida, sino que le permiten cumplir con una determinada finalidad dentro de la sistemática del proceso, constituyendo su omisión o cumplimiento irregular, en comienzo, el estado de anormalidad, sancionado con la declaratoria de nulidad en la instancia Jurisdiccional respectiva.⁵⁵ (Carnelutti, 1980).

En comienzo porque si el acto ha logrado cumplir con la finalidad para lo cual fue creado o la irregularidad ha sido saneada, aquella informalidad se queda en eso simplemente, no existiendo razón jurídica que le permita al funcionario declara nulidad.

3.3.3 Que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido
Las omisiones o anomalías en el acto procesal, dan nacimiento a un estado de nulidad que puede que no se materialice, porque el acto cumplió su finalidad, sin violación del derecho de defensa (numeral 1, art. 310, ley 600 de 2000; art. 27 ley 906 de 2004), porque el acto irregular ha sido convalidado por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales (numeral 4, ley 600 de 2000), porque existe otro medio para subsanar la irregularidad sustancial (numeral 5 ibidem), porque quien la alega no demostró que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento (numeral 2 ibíd) en

⁵⁵ Ibid

razón de que quien la invoca, es sujeto procesal que coadyuvó con su conducta a la ejecución del acto irregular; salvo que se trata de la falta de defensa técnica (numeral 3 id.), o en virtud a su presentación extemporánea (art.308,400,y 401, ley 600 de 2000), o la alegación de una causal distinta de las numeradas en el título VII, capítulo Único (numeral 6 idem).

Queda en claro que el acto no es nulo en sí mismo, sino que es necesario, a diferencia de la inexistencia, su declaración judicial; no existen actos nulos, sino anulables, y mientras no se declare la nulidad, el acto continuara produciendo efectos jurídicos normales.⁵⁶

La corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad C-394 del 8 de septiembre de 1994, siendo ponente el Dr. Antonio Barrera Carbonell, sobre el concepto de nulidad expresó:

“las nulidades consisten en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos que la ley ha instituido para la validez de los mismos; y a través de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional del debido proceso. Si bien se puede tildar de anti técnica la norma acusada en cuanto difiere la invocación de la nulidad dentro del recurso de casación, no por ello la norma es inconstitucional, por cuanto su regulación, por cuanto su regulación pertenece al ámbito de la competencia discrecional del legislador. Pero además es de destacar la circunstancia de que el inciso final del art. 218 del C.P.P, amplió el recurso a “la garantía de los derechos fundamentales” proposición jurídica que envuelve prácticamente no solo a todos los posibles casos de nulidad con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, sino aun, violaciones que aunque propiamente no comportan nulidades constituyen vicios sustanciales del proceso”.

La Constitución en el artículo 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las

⁵⁶ NOVOA, Néstor. Op.Cit.,pag.1006

correspondientes fórmulas normativas, las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto.

El régimen de las nulidades es un asunto que le compete al legislador, el cual señala de acuerdo con dichos razonamientos y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso.⁵⁷ Aquí mismo también debemos decir que es el legislador el encargado de señalar la oportunidad para invocar las nulidades, es decir señalar en qué momentos o etapas procesales dentro de la investigación se pueden solicitar.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia,⁵⁸ se expusieron los siguientes argumentos que sustentan la competencia del legislador para regular el régimen de nulidades

"La ritualidad o formalidad de los actos procesales y el procedimiento a recorrer para la realización del proceso, no constituyen simplemente un capricho del legislador sino una garantía constitucional o derecho fundamental de los ciudadanos', en la medida en que éstos de antemano deben conocer las reglas que han de ser observadas por el juez, y las partes en desarrollo del proceso, a fin de que el juez ejerza cumplidamente sus funciones y las partes hagan lo propio con sus derechos"

Todo cuanto concierne a los procedimientos judiciales, a menos que lo haya establecido directamente la Constitución, corresponde al legislador, como surge con claridad de los artículos 29, 228, 229 Y 230 de aquélla, entre otros. Por supuesto, es precisamente el legislador el llamado a definir los hechos y circunstancias que dan lugar a las nulidades y también el encargado de estatuir lo relativo a las posibilidades de saneamiento o

⁵⁷ NOVOA, Néstor. *Actos y nulidades en el proceso penal*. Op. Cit.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia C-037 de 19 de febrero de 1998. M.P.: Jorge Arango Mejía.

convalidación de actos o etapas procesales, la manera y términos en que pueden obtenerse.⁵⁹

3.4 CLASES DE NULIDAD

3.4.1 Nulidades procesales No debe confundirse la naturaleza y exigencias de las nulidades sustanciales o civiles y las procesales adjetivas.⁶⁰

Las primeras, miran el acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos de la ley prescribe su existencia, como la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa ilícitos, en algunos casos la forma solemne (artículo 1740 C.C), la incapacidad absoluta, la ilicitud del objeto o la causa, y la omisión de ciertos requisitos o formalidades solemnes, son causales que generan nulidad absoluta del acto contractual; cuando se trata de incapacidad relativa, vicios de la voluntad que incluyen la falsedad de la causa, y la lesión enorme, tales convenios son sancionado con nulidad relativa del acto.

3.4.2 Nulidades sustanciales Observan exclusivamente si el procedimiento empleado para la tramitación de cierto proceso, cumplió o no con el precepto fundamental que garantiza el debido proceso (formas propias del juicio), el derecho a la defensa (material y técnica) y la estructura u organización fundamental (jurisdicción y competencia).⁶¹

⁵⁹ NOVOA, Néstor. *Actos y Nulidades en el Proceso penal*. Tomo II, 3ra Edición, Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá, 2003.

⁶⁰ NOVOA, Néstor. Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y acto prueba. Op. Cit., pag.1031.

⁶¹ Ibid

La nulidad procesal se tramita dentro del mismo proceso en que se presentó, generalmente mediante el tramite incidental (artículo 135 de C.P.C), por excepción mediante los recursos de casación (como en el caso penal) y revisión (como en civil que abarca igualmente la casación). La nulidad sustancial siempre se resuelve en proceso separado – ordinario según que la cuantía sea mayor, menor o mínimo.⁶²

La distinción más conocida y la que nos permite comprender mejor el funcionamiento concreto de las nulidades, es aquella que las divide en ABSOLUTAS y RELATIVAS, siendo importante hacer la observación que hoy día en el proceso penal la regla es la de la nulidad relativa

3.4.3 Nulidades absolutas "son las que existen de derecho y que, como tales, deben ser declaradas por el órgano jurisdiccional aún de oficio en cualquier estado y grado del proceso", pudiendo ser denunciadas por cualquiera de las "partes" y no sólo por la "parte" interesada, que no pueden ser convalidadas o sanadas, pudiendo ser alegadas en cualquier estado del proceso y que son de carácter excepcional.⁶³

3.4.4 Nulidades relativas Son en principio, aquéllas que no deben ser consideradas insanables o no convalidables, que se establecen primordialmente en interés de las "partes", a los fines de permitirles eludir los perjuicios que les podría acarrear un vicio o defecto procesal.

⁶² Ibid

⁶³ DE QUIRÓS Y RODRÍGUEZ, "así como otras obras de Derecho Procesal Penal o que desarrollan temas de esta materia donde se analiza este concepto, entre ellas; de Clariá Olmedo, J.; Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Buenos Aires, 1964, ps. 185 y ss.; De la Rúa, Fernando, "Proceso y Justicia" (Temas Procesales) Ed. Lerner, 1980, ps. 51 y ss.; Dall'Anese R., Francisco, y Llobet R., Javier, "La imperfección de los actos del proceso penal", en Revista Judicial N° 40 de marzo de 1987, ps. 83 y ss.)"

Las características básicas de esta clase de nulidades son las siguientes:⁶⁴

- a) No pueden ser declaradas de oficio (sin perjuicio de la potestad del juez de eliminar de oficio cualquier causa de nulidad si fuere posible -art. 146 CPP).
- b) No pueden ser opuestas por quienes la hubieren provocado -art. 147 ibid.
- c) Sólo puede ser opuesta por la parte que tenga interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (ibid).
- d) Deben ser opuestas dentro de los plazos o momentos procesales señalados por la ley (art. 148 ibid).
- e) Son subsanables o convalidables de acuerdo con las circunstancias que establece la ley (art. 149 ibid).

3.5 CLASES DE NULIDAD EN EL PROCESO PENAL- LEY 906 DE 2004

Las nulidades son taxativas y no podrá plantearse ninguna nulidad por causal distintas a las señaladas en el título VI de la ley 906 de 2004 (artículo 455 a 458) y que se relacionan a continuación:⁶⁵

1. Nulidad derivada de la prueba ilícita

⁶⁴ HOUED, Mario. “Las Nulidades en el Proceso Penal”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica No 1*. República Dominicana. 1989.

⁶⁵ URRUTIA Y CUESTA. *Sistema penal Acusatorio Audiencias preliminares y Juicio Oral teoría y Práctica*. Ed. Ibáñez. Bogotá, 2008.

2. Nulidad por incompetencia del juez
3. Nulidad por violación a las garantías fundamentales (por violación al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.)

3.5.1 Nulidad derivada de la prueba ilícita:⁶⁶ De acuerdo con el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal se establece que para efectos del artículo 23 se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

El vínculo atenuado.

La fuente independiente

El descubrimiento inevitable

Los demás que establezca la ley.

El vínculo atenuado, ha de entenderse que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces (señala la Corte) la segunda es admisible atendiendo el principio de la buena fe por cuanto precisamente por lo atenuado, casi se diluye el nexo de causalidad. La fuente independiente, se entiende que si determinada evidencia tiene un origen distinto de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso. El descubrimiento inevitable, se entiende que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito.⁶⁷

3.5.2 Nulidad por incompetencia del juez Artículo 456⁶⁸ Según el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, será también motivo de nulidad cuando la actuación se hubiere

⁶⁶ Ibid

⁶⁷ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Auto de responsabilidad disciplinaria*. IUS: 2008 – 305318, IUC D – 2010 – 139 82630, Bogotá D. C., 27 de octubre de 2010.

⁶⁸ URRUTIA Y CUESTA. Op.Cit.

surtido ante un juez que carezca de competencia por razón del fuero o porque su conocimiento este asignado a los jueces penales del circuito especializados

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:⁶⁹

Las causales de la nulidad por falta de competencia del Fiscal.

“En lo referente a la declaratoria de nulidad por falta de competencia del fiscal, la Corte considera que la solicitud del recurrente es improcedente de cara a los principios que orientan la declaración de las nulidades, dentro de cuales se destacan el de taxatividad y de trascendencia, previstos en la Ley 600 de 2000, cuyas normas son aplicables en este caso por virtud del principio de integración regulado en el artículo 25 del C. de P.P”.

“Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados.”

Así las cosas, si se examina la causal de nulidad formulada por la defensa se puede advertir a primera vista que su fundamento corresponde a un presupuesto fáctico diferente al que alega el impugnante, ya que el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal establece con claridad que:

“Según se advierte, la norma contrae este motivo específico de nulidad a la incompetencia por el factor subjetivo cuando se trata de procesado aforado y por la naturaleza del asunto, siempre que corresponda a un juez penal del circuito especializado y se ventile ante uno de inferior categoría.”

En efecto, el artículo 116 Superior señala quienes administran justicia incluyendo a la Fiscalía General de la Nación. Por otra parte, el artículo 228 ibídem determina que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, de lo cual surge que mientras la

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia). Sala Penal. Sentencia No 35275 de 09 de diciembre 2010. M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

jurisdicción es general y abstracta, la competencia es la distribución de la jurisdicción en asuntos concretos, por lo que es singular y determinada por disposición de la ley.

Para discutir la competencia y determinar el juez natural, el Legislador estableció mecanismos de definición, artículo 54 de la Ley 906 de 2004, que permiten precisar el juez competente cuando no se tiene certeza acerca del funcionario que debe conocer del juicio. De igual manera, legislaciones anteriores incluían instituciones como la colisión de competencias para resolver similares asuntos.⁷⁰

A diferencia de la Ley 600 de 2000 el nuevo Código de Procedimiento Penal no contempla las competencias de los distintos fiscales que conforman la estructura de esa entidad, pues el sistema acusatorio que viene desarrollándose en el país a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, prevé un proceso de partes, dentro del cual la Fiscalía debe rogar la justicia que antes dispensaba, de manera que las determinaciones importantes del proceso, que implican limitación o afectación de derechos y garantías fundamentales las profieren los jueces, ante los cuales acuden las partes, siendo ésta la razón básica por la cual el Legislador deliberadamente omitió asignar competencias a los diferentes fiscales delegados, como si lo hizo en el sistema anterior.⁷¹

Se insiste en que si la ley es la que determina la competencia, no hay lugar a predicar su falta entre los fiscales porque el Legislador no se las otorgó, por consiguiente lo que se debe establecer en este sujeto procesal es la legitimidad que le asiste para intervenir en un asunto concreto, lo cual dependerá de la jerarquía que le corresponda en virtud de la unidad a la que pertenece. Así por ejemplo, el fiscal delegado ante los juzgados penales municipales está legitimado para instruir o intervenir en procesos de competencia de esa categoría de jueces; el seccional en los asuntos que corresponden al juez penal del circuito, y el fiscal delegado ante el tribunal, en los casos que son propios de esa colegiatura, con lo

⁷⁰ Ibid

⁷¹ Ibid

cual se preserva la jerarquía institucional y la condición subjetiva de la persona investigada o sometida a juicio.⁷²

Con ese entendimiento, se tiene que en el esquema consagrado en la Ley 906 de 2004, la nulidad por falta de competencia, sólo está prevista para ser invocada en relación con los jueces, y no respecto de los otros sujetos procesales.

Afirmación que no es absoluta, como lo entendió el tribunal, porque excepcionalmente también se puede plantear: i) la incompetencia por el factor subjetivo cuando se trata de personas aforadas, caso en el cual el fiscal competente para investigar y acusar es el Fiscal General de la Nación⁷³ (Ley 906 de 2004), y ii) en aquellos asuntos donde el conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados”.⁷⁴

En observación a esta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia pareciera ser que se ha encontrado una posible solución al problema objeto de estudio, por cuanto la corte manifiesta que se insiste en que si la ley es la que determina la competencia, no hay lugar a predicar su falta porque el legislador no se las otorgó, y que lo que se debe establecer en el sujeto procesal es la legitimidad que le asiste para intervenir en un asunto concreto, lo cual dependerá de la jerarquía que le corresponda en virtud de la unidad a la que pertenece. En atención a esto, si el artículo 339 del Código procedimiento Penal, ley 906 de 2004, establece que el funcionario competente para conocer de nulidades es el juez de conocimiento y no le dio competencia al juez de control de garantías, no se podría predicar su falta porque en la legislación no se estableció y acto seguido tendríamos que preguntarnos si el juez de garantías tiene legitimidad para intervenir en lo que tiene que ver con el conocimiento de nulidades.

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala penal. Sentencia No 30261 del 14 de agosto de 2008. M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

⁷³ ARBOLEDA, Mario. Código penal y de procedimiento penal. Trigesima segunda edición, Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

⁷⁴ Ibid.

Dicha legitimidad, porque esa es precisamente su esencia, vigilar y controlar de manera permanente la legalidad de todas las actuaciones practicadas por la fiscalía y la policía judicial a fin de determinar si sus actos han respetado o por el contrario han vulnerado derechos fundamentales de los intervinientes en la investigación, actos que pueden conllevar a generar nulidades.

Pero también dice la corte que al establecer la legitimidad que le asiste para intervenir en un asunto concreto, dependerá de la jerarquía que le corresponda en virtud de la unidad a la que pertenece. La pregunta ahora sería: ¿un juez de control de garantías que jerarquía posee frente a un juez de conocimiento? Para que en un determinado asunto pueda revocarle la competencia al juez de conocimiento? competencia que el artículo 339 del C.P.P le ha otorgado? Los dos jueces son funcionarios constitucionales así lo establece el autor Riascos Gómez⁷⁵ (...) “de ahí la razón para que sea el juez de control de garantías el funcionario encargado de depurar y allanar el camino a fin de que el juez de conocimiento adelante su función, función igualmente de rango constitucional conforme a lo señalado en el artículo 250 de la C.N.” Pero el juez de conocimiento quien es conocedor de fondo sobre un asunto y decide finalmente a través de sus sentencias, puede estar por debajo jerárquicamente del juez de garantías? O en igualdad?. Y si de acuerdo a la jurisprudencia observada de la corte Suprema de Justicia hallamos una posible solución a nuestro problema nos preguntamos ahora: la jurisprudencia obliga a los funcionarios judiciales? o sigue siendo un criterio auxiliar para la administración de justicia como lo establece el artículo 230 de la Constitución Nacional. Sobre este asunto profundizaremos más adelante.

3.5.3 Nulidad por violación a las garantías fundamentales artículo 457⁷⁶ Establece la norma como causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Respecto de los recursos de apelación pendientes de definición al

⁷⁵ RIASCOS, Libardo. *La Constitución de 1991 y la informática Jurídica*. Digito computarizada, Concurso Nacional " Escuela Lara Bonilla", Bogotá, 1995, p. 10 y ss.

⁷⁶ Ibid

momento de iniciarse el juicio público oral no invalidan el procedimiento, salvo que se trate de la negación o admisión de pruebas, las cuales, de conformidad con lo establecido en este inciso segundo, si no han sido resueltas al momento de iniciarse el juicio, se invalidan el procedimiento.

1. Oportunidad para invocar nulidades

La nulidad siempre encuentra un límite temporal (principio de preclusión), bien dentro de la fase instructiva, ora en el juicio, excepción hecha de aquellas nulidades en las que cerrado el procedimiento con sentencia ejecutoriada quedan saneadas.⁷⁷

En Colombia, el artículo 308 de la ley 600 de 2000, contempla una variante, que permite alegar la nulidad en cualquier estado de la actuación procesal, a diferencia de la norma derogada (decreto 2700 de 1991) se permitía su declaración desde la etapa de instrucción hasta el término del traslado común para preparar la audiencia, advirtiendo que si no se invocaban en ese término, únicamente podían debatirse en casación.

El artículo 400 de la ley 600 de 2000, complementa el anterior y ordena que al día siguiente de recibo el proceso, por secretaria se pasaran las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el termino de 15 días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y publica, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes.

La ley 906 de 2004 no se refiere sobre dicha temática, pero en el artículo 339 se le ordena al juez de conocimiento que “abierta por el juez la audiencia, ordenara el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, ministerio público y defensa, para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, si las hubiere...”

⁷⁷ NOVOA, Néstor. Op Cit., pag.1020

Por su parte el artículo 10 de la misma ley establece: “Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Estas normas permiten dos lecturas: i) la primera se admite que durante todo el procedimiento anterior a la audiencia de formulación de acusación es posible que se originen situaciones irregulares que pueden dar lugar a una nulidad, las cuales se invocan en audiencia de acusación.

ii) Aunque durante las fases anteriores a la formulación de acusación se pueden estructurar irregularidades que pueden conllevar o no a una nulidad, los jueces de garantías no tendrán competencia para ello de acuerdo al artículo 339, no tienen competencia para resolver propuestas de invalidez, porque el momento en que se deben plantear y decidir, es al inicio de la audiencia de formulación de acusación.⁷⁸

iii) La actuación procesal se debe desarrollar con el respeto debido a los derechos fundamentales y los funcionarios deben hacer prevalecer el derecho sustancial. Entonces es contradictorio el artículo 339 de la ley 906 de 2004 con los derechos fundamentales constitucionales?

Atenta contra el Debido Proceso que un juez de garantías ante la posibilidad de una Nulidad absoluta o relativa haga caso omiso de resolverla, dejando avanzar dicho proceso porque solo en la audiencia de formulación de acusación pueden esbozarse y resolverse. Sin sentido porque el proceso se adelantaría a sabiendas de la existencia de una irregularidad insubsanable, v.r.g., la falta de competencia o jurisdicción, cuya declaración

⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 1021

solo podría hacerla el juez de conocimiento al inicio del juicio. Nada más absurdo e inconstitucional.

Las nulidades absolutas que se planteen antes de la audiencia de formulación de acusación deben ser decididas por el juez de garantías, salvo que nadie haya reparado en ella y deba extremarse su decisión hasta el inicio del juicio.

Las nulidades por regla general, conforme lo ordenado en el artículo 339 de la ley 906 de 2004, deben ser reclamadas al inicio de la audiencia de formulación de acusación, sin que ello lleve a que si se presentan antes o en una fase posterior no puedan decidirse; si lo primero las decide el juez de garantías; si lo segundo, en casación por la Corte Suprema de Justicia.⁷⁹

Es claro en este punto de este trabajo que aunque el Dr. Novoa Velásquez⁸⁰ quiso dar una posible solución al tema de la oportunidad legal para invocar una nulidad, no trae unos soportes jurídicos para ello, a nuestro parecer se limita en manifestar que debe hacerse de esa forma desde su punto de vista, y tiene sentido lógico, porque es precisamente el deber ser que nuestro trabajo propone, la forma como debe operar la solicitud de las nulidades, pero no es suficiente para resolver el problema que hoy nos planteamos.

Veamos como la jurisprudencia manifiesta que la nulidad por regla general se invoca en la audiencia pública de formulación de acusación del artículo 339 y no en cualquier etapa procesal:

En sentencia de la Corte Suprema, indicó:⁸¹

⁷⁹ Ibid

⁸⁰ Op. Cit., pag.1023

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. Sentencia No 26222 del 3 de Mayo 2007. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

“Finalmente, en cuanto a la negativa de alegar una nulidad porque ya se había anunciado el sentido del fallo, considera el Procurador Delegado que el propósito de calificar de contradictorios los parámetros que adoptó el juez para no acceder a esa solicitud, tan solo brindaría la oportunidad a la Corte para el desarrollo de la jurisprudencia, en orden a establecer cuál es la oportunidad que hay dentro del nuevo sistema acusatorio para proponer y solicitar las nulidades que se generen en el juicio oral mismo y, en todo caso, con posterioridad a la audiencia preparatoria.

Al respecto se observa que, por regla general, al tenor de lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el momento procesal para postular causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades es la audiencia pública de formulación de acusación. La profesional que para ese momento asistía al procesado no se pronunció en torno al punto. Simplemente apuntó al transcurso de los términos que tiene la fiscalía para presentar el escrito de acusación y, sobre ese aspecto, el juez aclaró que en este caso se habían cumplido. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 445 y 446 de la misma normativa, el debate en el juicio se clausura una vez los sujetos procesales han terminado de presentar sus estudios, y luego de un receso, que puede ser hasta por dos (2) horas, el juez da a conocer el sentido del fallo, de manera oral y pública, el cual debe contener el delito por el cual se declara a la persona culpable o inocente. Una lógica comprensión de los preceptos citados permite señalar que el funcionario judicial, en aras de garantizar un debido proceso, no puede desconocer la sucesión ordenada de actos que componen su estructura, para permitir a los sujetos procesales la invocación de causales de invalidez, cuando la etapa correspondiente ha sido ampliamente superada y en ella el interesado no ha hecho manifestación al respecto, tal como ocurrió en este caso.”

Se acoge la interpretación del Dr. Novoa Velásquez en su libro Nulidades en el procedimiento penal, actos procesales y actos prueba tomo II del año 2011, donde manifiesta que pese a que por regla general “las nulidades deban reclamarse de acuerdo al artículo 339 de la ley 906 de 2004, no significa que no se puedan decidir antes o en una fase posterior.”

Lo anterior debido a que conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia acabada de analizar, es claro que no es en cualquier etapa procesal la oportunidad para ello, y es que pese a la petición del procurador Delegado en solicitarle a la corte claridad sobre el tema, la corte no fue estrictamente clara, pero para nuestro trabajo es suficiente que la corte

manifieste que “No puede desconocerse la sucesión ordenada de actos que componen su estructura, para permitir a los sujetos procesales la invocación de causales de invalidez, cuando la etapa correspondiente ha sido ampliamente superada” (subrayado nuestro), suficiente para dilucidar que la etapa para proponer nulidades es el artículo 339 de la ley 906 de 2004 y no cualquier otra, porque a pesar de estar ampliamente superada la nulidad por ejemplo en lo que tiene que ver con derechos fundamentales debe ser decretada en cualquier momento, sin limitación alguna.

Veamos ahora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁸²

Las causales y los principios de la nulidad procesal siguen vigentes no obstante no existir norma expresa que así lo determine en la Ley 906 de 2004, por lo que tal omisión se cubre con los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000, los cuales continúan vigentes en este aspecto particular, porque, además, pertenecen a la teoría general del proceso penal.

De suerte, que de acuerdo con lo normado por el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, las nulidades de la fase investigativa se deben proponer en la audiencia de formulación de acusación, para que sea esta el escenario en que se debatan, ya que tal audiencia tiene una función, ante todo, de saneamiento:

Artículo 339: “Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación.

Frente a esta audiencia tiene dicho esta Corporación que:

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. Sentencia No 31900 del 24 de Agosto de 2009. M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso, y, por esa razón, se les otorga la posibilidad de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, proponer nulidades si existieren, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reune los requisitos establecidos para él en el artículo 337.

Así las cosas resulta oportuno decir que, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, la audiencia de formulación de acusación tiene como objetivo fundamental el saneamiento del proceso, tanto en relación con el juez como con la estructura procesal.

Continúa la Honorable Corte: En relación con el juzgador, la audiencia de formulación de la acusación resulta ser el escenario pertinente y la ocasión oportuna para la discusión y fijación definitiva del juez natural -a través, tanto de la impugnación de la competencia (promovida por las partes e intervinientes a la luz del artículo 339), como de la definición de competencia, promovida por el mismo juez (según lo normado por el artículo 54)-; y la discusión de la posible parcialidad del juez -a través de la formulación de impedimentos (artículos 56 a 60) y recusaciones (artículos 61 a 65).

Frente a la consolidación de la estructura del juicio, la audiencia de formulación de acusación se convierte en el espacio en el que se verifica la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación (previstos en el artículo 337), ya que son los presupuestos necesarios para activar el juicio contradictorio y concentrado, y contiene las bases sobre las cuales se va a construir la sentencia:

- En primer término la individualización del acusado;
- Además, los hechos jurídicamente relevantes, con los cuales debe ser congruente la sentencia, puesto que son, precisamente, los que se prueban, y sobre los cuales se juzga (artículo 448);
- El descubrimiento de las pruebas, con las que pretende la Fiscalía persuadir al juez sobre la existencia y trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes; de manera que la defensa conozca previamente todo el arsenal probatorio con el que el acusador se presentará a la

contienda, precisamente para prepararse para el enfrentamiento con igualdad de armas;

- También la constancia de la garantía del derecho de defensa técnica;
- Y, finalmente, la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos.

Así, se tiene claro que las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia.

A su turno, la transgresión de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo de lo que de él se derive; dejando a salvo solo aquello cubierto por las excepciones, legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado.

Excepcionalmente la ilegalidad de las pruebas se traducen en nulidad del proceso según lo indicó la Corte Constitucional, al limitar tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, supuestos que se salen del acontecer fáctico analizado. Así se pronunció la Corte:⁸³

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sala Plena. Sentencia C- N° 591 de Junio 2005.M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.”

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”⁸⁴

Y continúa la corporación:

“...el momento oportuno para cuestionar la legalidad de tales procedimientos, es inicialmente en las audiencias preliminares de control previo o posterior, según el tipo de evento, ante los jueces con función de control de garantías, y en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, así se haya cuestionado su legalidad en las audiencias preliminares.

⁸⁴ Ibid

Esto por cuanto la arquitectura del sistema acusatorio en la pretensión de garantizar un juez imparcial, esto es, lo menos informado posible de las incidencias de las labores de investigación, dispuso que lo que tiene que ver con garantías esté vigilado y controlado precisamente por el juez de control de garantías, mientras que el juez de conocimiento, básicamente juzga de manera libre y fresca, sin estar atado a informaciones y discusiones previas que posiblemente motivaron posiciones procesales en favor de una u otra parte, y por eso mismo, el juez que ejerza el control de garantías, no puede ser, en ningún caso, el mismo del juicio.

Así las cosas, cuando el juez de conocimiento en sede de audiencia de formulación de acusación analiza, por ejemplo, la legalidad de la captura para efectos de determinar si el acusado fue o no capturado en flagrancia, se compromete con la tipicidad, el grado de ejecución y así se acerca peligrosamente al juicio de responsabilidad, que fue justamente lo que el Legislador quiso evitar al haber distribuido de la manera que lo hizo, las funciones del juez de control de garantías y el de conocimiento.

En nuestra opinión analizando la anterior jurisprudencia es importante que el Juez siempre tenga en cuenta los derechos durante la investigación penal, ya que no debe tomar en cuenta las pruebas obtenidas en un proceso en donde se vulneren derechos fundamentales, puesto que ponen en peligro el funcionamiento del aparato judicial y de la misma legalidad del proceso.

3.6 Clases de nulidad en nuestro código procesal penal- Ley 600 de 2000

Nuestro Código Procesal Penal no presenta taxativamente una distinción entre nulidades absolutas o relativas las denominaciones solo se refieren a “nulidades declarables de oficio y nulidades declarables a petición de parte”, sin embargo, cada una sigue los mismos lineamientos que se apuntaron para las nulidades absolutas y relativas, respectivamente. El artículo 146 señala en su segundo párrafo que "solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior, que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente",

de ahí se desprende entonces que las causales para decretar la nulidad de oficio (absoluta) son: a) Cuando estamos ante una nulidad genérica (art. 145 CPP que contiene los presupuestos procesales) y además se violen normas constitucionales. b) Cuando se regule expresamente la nulidad declarable de oficio para un acto determinado.⁸⁵

La conminación o nulidad genérica que establece nuestro Código en el artículo 145 se refiere a la garantía de los presupuestos básicos para la validez del proceso, como lo es el nombramiento, capacidad y constitución de los tribunales; la intervención y participación del Ministerio Público en los actos en que su presencia es obligatoria; y todo lo que se refiere a la intervención, asistencia y representación del imputado de acuerdo con la ley; por ello, si en relación con esos presupuestos se violan normas constitucionales.⁸⁶

CARNELUTTI⁸⁷ (1950) habla de requisitos principales y secundarios. La diferencia consiste -según su autor- en que mientras los primeros deben existir a fin de que el acto se convierta en jurídico, la existencia de los segundos por el contrario, excluye o modifica su juridicidad. "Por eso, los requisitos principales se dicen también constitutivos, mientras los requisitos secundarios se distinguen en requisitos impeditivos y modificativos, según que su existencia reaccione en el sentido de impedir a los requisitos producir su efecto o de modificar el efecto mismo.

La estructura del acto procesal ha sido estudiada por diversos tratadistas, estableciendo la mayoría de ellos, distintos elementos que lo integran. El acto procesal es "una declaración de voluntad con incidencia directa en el proceso que consta de un elemento subjetivo (contenido) y de un elemento objetivo (forma). El contenido del acto (elemento interno) se refiere a los aspectos regulados por la ley civil en cuanto a su causa, intención y objeto. La

⁸⁵ HOUED, Mario A. Op. Cit.

⁸⁶ En relación con varios principios a saber entre los que encontramos (v.g. el principio del debido proceso art. 41 de la Constitución Política-; el principio del non bis in ídem -art. 42 ibid-; el principio del juez legal o natural -art. 35 ibíd.- etc.), "la nulidad debe declararse de oficio según se explicó" como se hace mención en "Las nulidades en el proceso Penal".

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*; Ejea, 1950. Vol. III, ps. 171 y ss.

forma del acto es el elemento externo mediante el cual la voluntad se manifiesta en la realidad; ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste". "La forma requiere ciertos elementos de modo, lugar y tiempo que la ley procesal regula para asegurar la eficacia del acto. Pero además de ese contenido sustancial y de la exteriorización formal, el acto procesal requiere para su validez un fundamento jurídico que consiste en el poder conferido por la ley procesal a un sujeto para cumplirlo; es el contenido formal del acto".⁸⁸

Es importante abarcar toda la Doctrina respecto del acto procesal, para luego tomar la temática que nos atañe, ya que es la base de construcción del proceso penal que hoy en día se rige, el cual presenta un vacío normativo referente a las nulidades como se ha expuesto anteriormente.

CARNELUTTI⁸⁹ al contrario de un gran sector de la doctrina opina que no es admisible el carácter de sanción que se le atribuye a la nulidad. Otros autores prefieren definir la nulidad como "el vicio que afecta un acto; consistente en la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para su validez".⁹⁰

Debe recordarse que el concepto de "parte" en el proceso penal ha sido sumamente controvertido, de ahí que la gran mayoría de los procesalistas de esta materia haga el distinguo entre "parte" en sentido material (concepto que viene del proceso civil) y "parte" en sentido formal, o que se prefiera hablar simplemente de "sujetos del proceso". El concepto de "sanatoria" también ha sido criticado, siendo más oportuno hablar de "convalidación" del acto imperfecto o viciado.⁹¹

⁸⁸ DE LA RÚA, Fernando. *Proceso y Justicia (Temas Procesales)*. Ed. Lerner, 1980, p. 53.

⁸⁹ Op. Cit., Pág. 185

⁹⁰ NÚÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Ed. Lerner. Argentina, 1978, Pág. 139

⁹¹ CARNELUTTI. Op. Cit., Pág. 196

Las nulidades procesales atañen a la ineficacia de los actos jurídicos procesales. El objeto propio de la nulidad en el ámbito procesal, según lo recoge la doctrina y jurisprudencia finisecular, debe ser la protección del proceso con todas las garantías. “Ello no excluye que el legislador pueda establecer supuestos y solamente de modo indirecto, ya que la determinación de los supuestos y los distintos modos de protección constituyen una cuestión política”.⁹²

3.7 LA NULIDAD EN ALGUNOS SISTEMAS PENALES:⁹³

3.7.1 En el sistema romano La nulidad en Roma es la sanción que se impone por la infracción de cualquier norma procesal. Nulo es lo que carece totalmente de efecto y se origina en cualquier contravención a las formas. En el formalismo del procedimiento de las *actio legis*, que aun cuando luego se atenúa en el procedimiento formulario, no rebasa tal concepción. El acto nulo lo era de pleno derecho. No era menester obtener la declaración de nulidad.

3.7.2 El sistema alemán Este segundo sistema, consiste en legar a la apreciación del juez las consecuencias que entrañen los vicios de las formas en cada caso concreto, permitiéndole que anule los actos o que los considere válidos. La doctrina conoce este sistema como el sistema conminatorio absoluto de las nulidades, apoyándose en el principio de autoridad del juez. “En el derecho alemán no existe precepto alguno que mande al juez que pronuncie una nulidad. Es más, el término ni siquiera se emplea en ninguna parte. La legislación enumera requisitos y a falta de ellos constituyen óbices de procedibilidad.

⁹² GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. *La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997*. en Revista Justicia. Barcelona, 1998, Nros. 1-2, pág. 39 y 40.

⁹³ QUINTERO Y PRIETO. Teoría general del proceso. t. II. Edit. Temis. Bogotá, AÑO? pág. 179 a 183

Impiden el decurso normal del procedimiento. Pero de todas maneras es el juez quien decide si anula o no anula.

3.7.3 El sistema francés En el medioevo de la Europa continental se abrió paso una concepción que distingue entre la existencia viciada que puede convalidarse, allanarse, subsanarse, y la que puede reducirse a la nada, invalidarse, pero sin que se delimite un criterio objetivo que demarque el límite de tal diferencia. Se empieza si a distinguir entre nulidad y anulabilidad, entre nulidad e inexistencia y se faculta a los jueces para que hagan un juicio acerca de la importancia del vicio y en consonancia con éste, declaren o no la nulidad.

Este sistema se muestra también como otro conminatorio absoluto y tiene vigencia hasta la ordenanza de Luis XIV en 1667. Esta ordenanza realiza una reforma y perdura hasta la revolución francesa, que no sólo reacciona contra el sistema conminatorio absoluto, por encontrar que tal sistema se prestaba para la arbitrariedad judicial, sino que a la vez se rebela contra el formalismo y aboga por una reducción de las formas al mínimo posible.

4. LEY 906 DE 2004

4.1 PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA LEY 906 DE 2004 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 339

Sobre dicha temática se pronunció la Corte Suprema de Justicia estipulando:

En el esquema procesal penal de 2004 no aparece una disposición en la cual se establezcan expresamente principios orientadores de las nulidades, como sí ocurre en la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 310 regula la materia enumerando seis postulados de esa naturaleza.⁹⁴

Lo anterior, empero, no autoriza para afirmar que la actividad procesal surtida con fundamento en el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 no esté informada por los principios que tradicionalmente han orientado las nulidades como son, a saber:⁹⁵ Principio de trascendencia, intrumentalidad, taxatividad, protección , convalidación, residualidad, acreditación.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. Sentencia N° 30710 del 18 de Marzo 2009. M.P.: María del Rosario González de Lemus.

⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. sentencia No 30539 del 18 de noviembre de 2008. M.P.: María del Rosario Gonzales de Lemus y Agosto J. Ibáñez.

4.1.1 Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

Este principio fundamental establece que no existe nulidad sin perjuicio. La nulidad no puede ser declarada o invocada por el solo interés de la ley, de la nulidad por la nulidad, ello conduciría a repetir unos actos sin finalidad alguna; es necesario que la irregularidad sustancial afecte las garantías o derechos fundamentales, o socave las bases propias del juicio.⁹⁶

El carácter no formalista del moderno derecho procesal exige para que se estructure una nulidad además de la infracción a la forma, que se produzca un daño o perjuicio al sujeto procesal (sistema inquisitivo) o a la parte (sistema acusatorio). La nulidad antes que proteger las formas procesales, tutela los derechos y garantías de quienes intervienen en el proceso penal.

La Corte Suprema de Justicia sobre la exigencia de demostrar la irregularidad y el perjuicio puntualizó:

“Ante todo es necesario que la sala reitera que aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se aduzcan equipararse a un escrito de libre formulación, sino que, de todos modos, debe cumplirse unos insoslayables requisitos, cuya inobservancia impide abordar el estudio de fondo. Así, no basta con señalar el motivo de la nulidad, ni la irregularidad en que se incurrió, ni el momento a partir del cual se debe invalidar lo actuado, sino que es preciso demostrar el vicio y su trascendencia, esto es, cómo socavó la estructura del proceso o afectó las garantías de los sujetos procesales. Así mismo si se estima que fueron varias las irregularidades cometidas, no se pueden entremezclar, si no que respetando el

⁹⁶ NOVOA, Néstor. Op. Cit., pag.1063

principio de autonomía de los cargos y atendiendo a su alcance invalidatorio, se deben postular y desarrollar separadamente.⁹⁷

4.1.2 Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

El principio de instrumentalidad de las formas tiene alcances importantes sobre la manera como se debe examinar la relación entre una irregularidad en la formación del acto procesal, su eventual invalidez, y las posibilidades de sanear los defectos procedimentales.⁹⁸

Es un principio según el cual las formas no son un fin en si mismas, sino que trascienden la pura forma y tienen por objeto el debido proceso y el derecho de defensa. No está llamada a prosperar la nulidad que se edifica en el olvido o desviación de una forma, sin que teleológicamente puedan verse desconocidos aquellos parámetros de garantía

4.1.3 Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley.

Corresponde a una de las manifestaciones del principio de legalidad, no se pueden declarar aquellas que no aparezcan expresamente indicadas por la ley penal adjetiva. No hay nulidad sin ley previa. No hay nulidad sin texto legal expreso.⁹⁹

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. Sentencia No 13907 del 25 de Abril de 2002. M.P.: Jorge Enrique Córdoba Poveda.

⁹⁸ NOVOA, Néstor. Op. Cit., pag.1075

⁹⁹ *Ibíd.* Pag.1032

Es principio director la consagración taxativa de las causales de nulidad; repelen la aplicación de la analogía, la remisión al Código de Procedimiento Civil y la libre formulación por los funcionarios judiciales y sujetos procesales, por su propia naturaleza no pueden dejar lugar a dudas, no se pueden extender a situaciones no consideradas expresamente por el legislador, su observancia deviene de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 306 de la ley 600 de 2000 y 458 de la ley 906 de 2004.¹⁰⁰

Siendo este principio la base de la nulidad procesal, tales normas deben ser interpretadas en forma estricta, de manera que en realidad no se admita una nulidad que no se encuentre en el texto de la ley penal adjetiva, sin que ello sea óbice para proclamar el uso de la nulidad virtual, de enunciación genérica, abstracta e impersonal, como cuando el legislador eleva a esa categoría toda violación sustancial al debido proceso, sin enunciar cada una de las posibles hipótesis en que pueda presentarse.¹⁰¹

La ley de procedimiento deja amplitud interpretativa al funcionario jurisdiccional, cuando se habla de “irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso” y la “violación al derecho de defensa”, se permite que en cada caso pueda establecer las posibles causas que originan la nulidad de parte o la totalidad de lo actuado. La razón es obvia no puede el legislador elaborar un código casuista que pretenda consignar todas y cada una de las posibles hipótesis que dan origen a la declaratoria de nulidad, se correría el riesgo de que muchas quedarán por fuera, o en el afán de calmar todos los posibles casos, se erijan en tales, situaciones meramente irregulares o intrascendentales.¹⁰²

4.1.4 Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de nulidad no puede plantearlo en su propio beneficio, salvo cuando se trate de la vulneración del derecho de defensa técnica.

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² Ibid

En virtud del principio de lealtad, todas las personas que intervienen en los procesos: el fiscal, el juez, el ministerio público, la parte civil, la víctima, el procesado, el defensor, el civilmente responsable, etc. Están obligados a actuar de buena fe y ser veraces para desentrañar la verdad formal o jurídica con limpidez; se excluyen entonces las trampas, las tramas, las maquinaciones, las confabulaciones, las pruebas deformadas, en fin, las inmoralidades de toda orden y los fraudes al proceso y el procedimiento.¹⁰³ (Novoa, 2011).

La Corte Suprema de Justicia manifestó:

“Otro de los principios que rigen las nulidades es el de la protección, esto es, que la parte que con su conducta ha contribuido a generar el vicio, no puede posteriormente alegar su existencia como base de la anulación de la actuación, el cual si bien no es tan absoluto en materia penal, si orienta el análisis a fin de determinar la posibilidad, frente a un caso concreto, de retrotraer el procedimiento viciado. Dentro de las normas generales del procedimiento se exige a las partes en él intervinientes la lealtad, que presupone la actuación de cada una de ellas con criterios de sometimiento a las normas, observancia de las formas y contribución al éxito del proceso. Este régimen de lealtad implica entonces que como manifestación de ella los sujetos procesales hagan sus peticiones, sus reclamos, pongan de presente los vicios procesales en la oportunidad pertinente evitando a toda costa la realización de actos ilegales o contrarios a las prescripciones que gobierna el juzgamiento.

Si no se procede de esta forma, debe entenderse que la conducta torcida es contraria a los principios generales del derecho, y quien ha dado lugar al vicio no puede valerse luego de estas irregularidades para pretender la anulación de la actuación en tanto se hayan preservado las garantías propias del derecho a la defensa y juicio justo.¹⁰⁴ (Corte Suprema de Justicia, 1989).

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Penal. Sentencia de 7 de Julio 1989.M.P.: Edgar Saavedra Rojas.

4.1.5 Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.

La aplicación de este principio se ciñe a razones de seguridad y certeza jurídica, que encuentran manifestación en la cosa juzgada y en el principio de preclusión de los actos procesales, de manera que uno y otro permiten que las irregularidades que podrían generar nulidad se entiendan saneadas, salvo, claro está, aquellas que trascienden al recurso de casación.¹⁰⁵

No toda vulneración de una regla sobre la formación del acto procesal o la práctica de una prueba, contenida en la Constitución o en la ley penal adjetiva, acarrea ineludiblemente la invalidez de una parte o de todo el proceso y su declaratoria de nulidad. En efecto, en algunos casos, puede tratarse de una irregularidad relevante, en la medida que no vulnera ningún principio ni valor constitucional o legal, y en especial no llega a afectar el proceso de formación del acto procesal en su esencia, ni desconoce la finalidad con que fue creada cierta formalidad. En estos casos, esa irregularidad, en sentido estricto, no configura un verdadero vicio en la formación del acto procesal.¹⁰⁶

La corte Suprema de Justicia, Sala Penal manifiesta que “uno de los postulados que rige el fenómeno de las nulidades es el conocido con el nombre de principio de convalidación o del consentimiento, en virtud del cual ante una hipotética irregularidad la parte supuestamente afectada se conforma, la acepta y no ejerce la oposición al acto o comportamiento conculcante. El silencio de la parte sobre el punto subsana la eventual alteración del procedimiento pues de él se desprende su ausencia de interés o su renuncia al mismo.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Ibid

¹⁰⁶ NOVOA, Néstor. Nulidades en el procedimiento Penal. Op. Cit.,Pág. 1076

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia). Sala Penal Sentencia del 19 de Mayo de 2000, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez. Exp. 13500.

4.1.6 Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

No toda irregularidad comporta la sanción de nulidad, dice Manzini¹⁰⁸ “no hay razón para tan pedantesco rigor, dadas las demás garantías que aseguran la buena administración de la justicia en el estado moderno”. “El vigente Código de Procedimiento penal ha reducido ampliamente las anteriores sanciones de nulidad, restringiéndolas al mínimo y reservándolas para las formalidades que se deben considerar como absolutamente esenciales e indispensables.”

La Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sobre este principio afirma:

“No le asiste razón al censor al afirmar que no es posible dentro del proceso penal colombiano la declaratoria de nulidad parcial por no existir noma punitiva que así lo indique.

“Sobre el particular debe recordarse que ha sido reiterada y constante la doctrina que acepta el mecanismo de la nulidad parcial, solución que se sustenta en el principio de que la nulidad es un remedio extremo al cual solo debe acudir cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura o eche por tierra sus garantías fundamentales en forma irreparable; y aun en tales casos su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio (...)”¹⁰⁹.

4.1.7 Principio de acreditación: Quien alegue que exista un motivo invalidatorio, debe aclarar la causal que invoca, sus razones y su justificación, haciendo un planteamiento de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya.

¹⁰⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho procesal penal VIII*. Ejea. Buenos Aires. AÑO?Pag.101

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala penal. Sentencia de 12 de julio 1989 M.P: Mantilla Jácome, Rodolfo. Extractos de jurisprudencia. VIII Tercer trimestre. 1989. Págs. 402-403

La aplicación de dicho principio están basados en su artículo 27,¹¹⁰ ya que se establecen como criterios principales de la actividad procesal, los de necesidad y ponderación, pero no quiere decir que no existan otros, cuya naturaleza impone al funcionario declarar la nulidad de la actuación solamente en aquellos casos en los cuales ese remedio sea indispensable para restablecer la vulneración de los derechos fundamentales, con el fin de evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia, como lo establece la norma en mención.

Igualmente, en los artículos 457 y 458 de dicha codificación procesal, por cuanto la primera de esas disposiciones establece que la violación del derecho de defensa o del debido proceso solamente constituyen nulidad cuando la irregularidad recae en aspectos sustanciales. La segunda, consagra el principio de taxatividad, conforme al cual no resulta dable declarar la nulidad por causas diferentes a las señaladas en la ley.

Concordante con lo expuesto ha dicho la Sala. Obsérvese:

Interesa precisar sobre este tópico, que si bien es cierto que el nuevo Código de Procedimiento Penal no consagró expresamente los principios que en la ley 600 de 2.000 orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades (artículo 310), ello no significa que no deban aplicarse pues son inherentes a su naturaleza jurídica, lo cual es traducido por la interpretación de sus preceptos con los valores superiores del logro de la justicia y de un orden social justo contenidos en el preámbulo de la Constitución Política, y con el fin del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, dado que justamente el debido proceso es un derecho fundamental que asiste a toda persona según las previsiones del artículo 29 y el principio de legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, unas de sus garantías. Así entonces, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual, seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora.¹¹¹

¹¹⁰ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004, Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004, artículo 27.

¹¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia). Auto 24187 del 4 de abril de 2006, En el mismo sentido, auto 28716 del 15 de mayo 2008.

Así las cosas, el funcionario judicial únicamente está con la autorizado para decretar las nulidades y no podrá el particular como sujeto procesal invocarlas como lo estipula el artículo 458 de la Ley 906 de 2004, solo cuando exista ausencia de defensa técnica, que dicha irregularidad puede presentarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado “siempre que se hayan observado las garantías fundamentales, de modo que quien la alega está forzado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido, así mismo debe indicar el motivo de invalidez, las razones de hecho y derecho en que lo fundamental, y no podrá invocar una nueva petición por la misma causal sino por una diferente o por hechos ulteriores”.¹¹²

4.2 EL JUEZ DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

“El debate se genera sobre cuál de los funcionarios judiciales- juez de garantías o de conocimiento- es el que tiene la competencia para decidir la nulidad, acorde con la disposición del artículo 339 de la ley 906 de 2004, el competente para decidir sobre la nulidad resultaría ser el juez de conocimiento en audiencia de acusación. El problema se suscita cuando se advierte que el proceso difícilmente va a llegar siquiera a la imputación de cargos, debido a la imposibilidad de identificar, o por lo menos, individualizar al autor del hecho punible...” (Rodríguez herrera,2008)

“ Como en el proceso difícilmente va a intervenir un juez de conocimiento porque no va a llegar a la imputación de cargos, un particular afectado no podría alegar una nulidad como garantía de corrección de la actuación preliminar defectuosa que lo afecto, o como en el caso referido en precedencia, donde solamente existía imputación y por lo mismo ausencia de un juez de conocimiento que estuviera a cargo del proceso; ilógico resultaría esperar hasta

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala Casación Penal. Sentencia No 300033 de 2008.

la audiencia de acusación para reclamar la nulidad que se imponga por la omisión de la conciliación como condición de procedibilidad.”(Rodríguez herrera, 2008)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe propender porque se protejan y hagan efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera. Por esas razones, con mayor ahínco, se reclama una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un participe más de las relaciones diarias.

“Si se produce una disputa, esto significa que las emociones y pasiones más constructivas que podrían ayudar, en principio, a superarla (reverencia, amor, devoción a una causa común etcétera) se han revelado incapaces de resolver el problema... Sólo hay dos soluciones; una es el uso de la emoción, y en última instancia de la violencia, y la otra es el uso de la razón, de la imparcialidad, del compromiso razonable”.¹¹³

El Juez es la autoridad pública investida de justicia, la cual tiene una potestad jurisdiccional, la cual resuelve las controversias entre las partes, demandante y demandado, decidiendo el destino del sujeto procesal en el sistema penal acusatorio, son autónomos al momento de dar su fallo, pero este debe basarse en pruebas presentadas por ambas partes, para que no se vulneren los derechos fundamentales de las personas.

Debe siempre existir una imparcialidad por el administrador de Justicia, es decir el Juez debe desarrollar un sentido crítico al momento de su fallo, rigiéndose por el principio de imparcialidad de los diferentes órganos que desarrollan la Función Pública a los que se impone el imperativo de dar a todos el mismo trato dentro de lo que Max Weber califica como “el dominio de un espíritu de impersonalidad formalista: ‘sine ira et studio’, sin odio, ni pasión, y por tanto sin afecto ni entusiasmo”.¹¹⁴

¹¹³ KARL R. Popper. “La sociedad abierta y sus enemigos”. PAIDOS IBERICA, ISBN 9788449318474, PAG: 190

¹¹⁴ WEBER, Max. “Economía y sociedad”. Fondo de Cultura Económica, México 1977

La ley es la base para dar un amplio sentido de igualdad a la que a su vez se reconcilia con el comportamiento de la administración pública, de modo que a todos debe prodigárseles el mismo trato frente a la ley. La Constitución colombiana reconoce expresamente dicha igualdad en el artículo 13 al señalar que “todos nacen libres e iguales ante la ley (...)” y se desarrolla en el artículo 112 de la Constitución Nacional al estipular que la función pública debe ser reglamentada en la ley o el reglamento, que los servidores públicos tienen la obligación de “servir al Estado y a la comunidad”

“Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad.”¹¹⁵

En el artículo 230 de la Constitución Nacional a los Jueces, se les somete al imperio de la Ley, es decir que el juez al analizar dicho contenido normativo, está obligado acatar la Ley, los principios generales del Derecho, la Doctrina, la Equidad y por supuesto la Jurisprudencia de las Altas Cortes, que son fuentes del Derecho, esenciales para la actividad judicial.

Sobre la jurisprudencia se analiza que dicho criterio es solo auxiliar, es de esta forma que no tiene un carácter vinculante para el Juez, posteriormente examinaremos que ha dicho la

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia 037 del 5 de febrero de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

jurisprudencia con respecto a la oportunidad para solicitar nulidades y la competencia para ello.

Ahora bien, dado que los Jueces de la República son por definición los Servidores Públicos encargados de administrar justicia¹¹⁶ y que su función no se ejerce sino a petición de parte y a través de providencias que se adoptan dentro de trámites debida y previamente regulados, denominados procesos, es entonces necesario complemento del ejercicio de la Función el concepto del “debido proceso”, establecido en la Norma Superior en su artículo 29, también de naturaleza constitucional de modo que es en la combinación de éste y aquellos preceptos donde se patentizan las caracterizaciones de la Función Judicial y especialmente la de su imparcialidad, porque “en los contextos judicial o burocrático (...) lo que restringe la decisión al máximo es el requisito de seguir una regla. Decir que la regla se debe seguir imparcialmente es decir, simplemente, que se debe seguir fielmente. Para ser más preciso, equivale a decir que no hay que apartarse de la regla, tal y como está concretamente formulada, manifestando parcialidad”.¹¹⁷

A partir de esa enunciación general puede responderse la pregunta de ¿cuál es el papel del Juez en un sistema acusatorio y concretamente cuál es el del Juez Colombiano en el recientemente establecido sistema acusatorio nacional? Para entregar la primera respuesta debe partirse de conocer cuáles son las características que delimitan un sistema penal como acusatorio, definición en la que puede hallarse consenso alrededor de una propuesta que considere como tal a uno que distinga claramente el órgano de indagación, investigación y acusación del encargado de juzgar, y estime a éste último como simple, aunque también fundamentalmente, cortapisa del poder de investigación. En tal escenario el rol del Juez es ese: controlar, evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia occidental se suponen implícitos o se hallan expresos en su Carta Política. Ahora bien, esa misma respuesta dada respecto del Juez nacional en el sistema acusatorio colombiano, debe partir, ab initio, de las premisas atrás establecidas con

¹¹⁶ GOMEZ, Francisco. *Constitucion Politica De Colombia*. Trigesima edición. Editorial Leyer. Bogota. 2012.

¹¹⁷ BARRY, Brian. *La justicia como imparcialidad*. Ediciones Paidós, Ibérica S.A. 2007.

apoyo en la Constitución Nacional y del desarrollo de su labor con sujeción estricta a las reglas del debido proceso.¹¹⁸

El papel que debe cumplir el Juez colombiano debe necesariamente partir del acto legislativo 03 de 2002¹¹⁹, que contempla un nuevo sistema penal que expresamente nomina como acusatorio y lo caracteriza por la celebración de un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. Debe continuar con el Código de Procedimiento Penal adoptado por la Ley 906 de 2004 que es una de las normas “pertinentes para adoptar el nuevo sistema”, cuerpo normativo donde se establece el nuevo “debido proceso penal”. Y, finalmente, debe incluir el modelo de Estado pues a partir de la Constitución de 1991 el centro de gravedad del funcionamiento del poder público se desplaza hacia el control por vía jurisdiccional, concepción que es fácilmente advertible en el escenario de la acción de tutela, perceptible en los poderes, de la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la cual está la Corte Constitucional y notable en las diversas acciones públicas y populares cuyas competencias se atribuyen complementariamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en esa perspectiva no puede pasarse por alto que la combinación de todos esos preceptos, los nuevos y los antiguos, incluidos los de la Constitución modificados por el Acto Legislativo 03 de 2002, conforman un escenario distinto que impone otras maneras de interpretar los principios, garantías e institutos procesales para lograr la construcción del sistema acusatorio que ahora rige, pues tal como lo reconoció la Corte Constitucional aún

¹¹⁸ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, “el rol de los jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio” (Técnicas del Proceso Oral Sistema Penal Acusatorio). Serie manuales de formación. con el apoyo de: agencia de los estados unidos para el desarrollo internacional, usaid/colombia. República de Colombia, Bogotá, septiembre de 2005 ISBN 958-33-8249-3

¹¹⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 de 2002, Diario Oficial 45.040 del 20 de Diciembre de 2002.

manteniéndose inalterables algunos textos legales, puede imponerse su reinterpretación si el entorno jurídico de su aplicación ha variado.¹²⁰

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002, se crearon ciertos principios que hoy en día son la base para el control y manejo que deben tener los jueces en nuestra Nación, marcando un límite (competencia) que define el concepto de la función y el principio de imparcialidad que se debe aplicar.

A manera de ejemplo, en los actos de investigación que revistan carácter de urgencia (captura en flagrancia, registros, allanamientos, interceptaciones, entre otros), la Fiscalía debe solicitar el control de legalidad posterior ante un juez de control de garantías por ser el competente. Y ninguna regla autoriza al Juez que aún estando enterado, por cualquier medio, de la realización de ese tipo de diligencias pueda asumir su conocimiento oficiosamente, porque para ello se ha regulado un procedimiento en la ley, ni siquiera en los casos de afectación de la libertad personal se le permite tal forma de actuación, en esos eventos la petición debe provenir del directamente del afectado, por sí o por interpuesta persona.¹²¹

Por ejemplo los Jueces que conozcan de un asunto en ejercicio de la función de control de garantías, no pueden en ningún caso, ser Juez de Conocimiento, ya que la Constitución siempre ha garantizado la imparcialidad de los Jueces, pero modificada aquella con el propósito específico de crear un sistema acusatorio con las características básicas atrás detalladas, también resulta claro que la forma de lograr esa misma imparcialidad es ahora diferente porque se obtiene a partir de la definición implícita del Juez como director imparcial al conflicto que sólo acude a su solución cuando es convocado por las partes involucradas en la causa. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia 096 de febrero de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²¹ GOMEZ, Francisco. Constitución Política De Colombia. Trigesima edición. Editorial Leyer. Bogotá. 2012.

conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción.

4.2.1 Juez de control de garantías y juez de conocimiento Se le ha denominado “Juez de control de garantías”, nombre que trae consigo, en razón de que debe cumplir la importante tarea, entre otras, de controlar o examinar todas las actividades investigativas que debe adelantar la Fiscalía, examen o control que ha de hacer, a fin de verificar si se acomodan o no a los preceptos constitucionales y legales, por consiguiente si sus actos han respetado o no los derechos fundamentales de los intervinientes en la investigación, y de los individuos.

En otras palabras, la función de garantías se debe entender como la constatación jurisdiccional sobre las actividades realizadas por los órganos de investigación, por lo que el juez de garantías dentro del marco constitucional implica la apreciación de los derechos fundamentales en razón a que pueden ser afectados por el ejercicio de la acción penal e igualmente implica la apreciación y aplicación del derecho internacional, bloque de constitucionalidad, instrumentos jurídicos que el legislador ha adoptado para rodear al ciudadano de un conjunto de garantías que conllevan el respeto y por ende el cumplimiento de procedimientos acatando el debido proceso, del cual se derivan diversos principios y derechos constitucionales.¹²²

El artículo 250 de la Carta Política de 1991, señala que es el juez de garantías a quien le corresponde ordenar las medidas que impliquen la afectación de derechos fundamentales, sin dejar de lado lo referido en los artículos 28,29 Y 89 de la misma obra. Dicho juez de control de garantías tiene la facultad de ejercer el control automático sobre la aplicación del

¹²² AA.VV. El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano. Facultad de Derecho. Universidad Libre. Bogotá, 2009.

principio de oportunidad solicitado por el fiscal, el control a capturas, el control sobre allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, decreto de medidas cautelares de bienes del sindicado o del tercero, resolución y control de solicitudes para imponer medidas de aseguramiento, la práctica de prueba anticipada cuando esta es solicitada en el curso de la investigación.

De acuerdo con el artículo 284 del sistema acusatorio, la adopción de medidas necesarias para la protección de las víctimas y testigos, la autorización previa de inspección corporal, registro personal, obtención de muestras que involucren al imputado, procedimiento que se debe practicar a víctimas de agresiones sexuales, legalización posterior de actividades ordenadas por la fiscalía tales como la legalidad de búsqueda selectiva en base de datos adelantada por la policía judicial, seguimiento de personas, vigilancia de cosas, las actuaciones de agentes encubiertos, entregas vigiladas, la legalidad de todas las actuaciones practicadas por la fiscalía y la policía judicial con personas diferentes al imputado a fin de determinar si se han violado o no sus derechos fundamentales, controlar la licitud de la prueba recolectada por la fiscalía o funcionarios de policía judicial, autorizar y controlar cualquier medida adicional o actividad que desempeñe, ya sean los funcionarios de policía judicial o la fiscalía, y que afecten los derechos fundamentales.

El Juez de Control de Garantías¹²³ (Cuellar y Montealegre, 2004) ejerce dos funciones básicas: el control de legalidad y constitucionalidad de la investigación, y la adopción de medidas que impliquen limitación de derechos fundamentales.

Entonces, la función particular y preestablecida del juez de control de garantías es la de pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de todas las actuaciones que adelante el fiscal y la policía judicial durante la etapa de la investigación, control que debe ser permanente en razón a que todas las horas son hábiles para la investigación, debe en lo posible surtirse en un solo acto, es decir de manera concentrada, oralmente en audiencia

¹²³ BERNAL Y MONTEALEGRE. *El Proceso Penal*. 5a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

preliminar, de manera obligatoria para los actos señalados por la Ley 906 de 2004, integral, es decir tanto formal como material: de manera formal si se cumplió con las ritualidades del debido proceso, en otras palabras, examinar si existe por ejemplo la orden escrita de autoridad judicial competente, si se tienen motivos previamente fundados, y de manera material evaluar si se reúnen los requisitos probatorios, necesidad y proporcionalidad, función que debe cumplir incluso desde la captura si esta se dio antes de la audiencia de formulación de imputación, caso contrario a partir de esta y hasta la formulación de la acusación o la preclusión según sea el caso.¹²⁴

El control ha de ser previo o posterior; lo uno o lo otro tiene que ver con actividades que afecten derechos y garantías fundamentales, pero igualmente necesarias para asegurar elementos materiales probatorios y evidencia indispensable a fin de esclarecer el asunto que se investiga o se pretende investigar, de ahí la razón para que sea el juez de control de garantías el funcionario encargado de depurar y allanar el camino a fin de que el juez de conocimiento adelante su función, función igualmente de rango constitucional conforme a lo señalado en el artículo 250.¹²⁵

Ahora bien, Nuestra Corte Constitucional ha sostenido que el preámbulo no es una mera introducción de principios y postulados de fines estatales a conseguir sino parámetros de vida que guían, orientan y dan eficacia a la estructura y función estatal, pues gozan de "poder vinculante" con el contexto de la Constitución produciendo efectos jurídicos, a tal punto que "toda norma --sea de índole legislativa o de otro nivel-- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios".¹²⁶ Podemos ver como en su artículo 29 establece "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

¹²⁴ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (Colombia). Sala Administrativa. "Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal". Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2004.

¹²⁵ RIASGOS, Libardo. Op. Cit., Pág. 10 y ss.

¹²⁶ Ibid.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.¹²⁷

Con motivo de la implementación de este nuevo sistema procesal se ha realizado el papel que entra a desempeñar el juez penal municipal con funciones de control de garantías, a quien se le ha encomendado la tarea constitucional de garantizar en su totalidad los derechos fundamentales de las personas débiles del proceso penal como lo son el imputado y la víctima.¹²⁸

Si se observa la cadena jurisprudencial con la que contamos ningún funcionario público (Juez y Fiscal), podía limitar la libertad, violar la intimidad, sin tener en cuenta los principios fundamentales dentro de la legalidad, los principios de proporcionalidad y necesidad, de igual forma la ciudadanía que había sido afectada posee unos recursos ante el superior del funcionario que tomaba la decisión, para que esta fuera revisada y obtener una decisión respecto a dicha situación.

Realmente su realce está en el hecho que todas aquellas diligencias realizables en la etapa de indagación e investigación y que afecten derechos fundamentales, y realizadas por la Fiscalía General de la Nación, hoy en día deben tener una revisión por un juez de control de garantías de manera casi inmediata, recordemos los controles previo y posterior, sin que se pueda superar el término de 36 horas.¹²⁹

El juez de control de garantías es un funcionario creado mediante el Acto Legislativo No. 003 de 2002, para darle agilidad al sistema acusatorio, al evacuar de manera expedita las primeras diligencias antes del juicio y quien a su vez da inicio al sistema oral, desarrollado en el artículo 39 de la Ley 906/041, recayendo esta magnanimidad.

¹²⁷ GOMEZ, Francisco. *Constitucion Politica De Colombia*. Trigesima ediciòn. Editorial Leyer. Bogota. 2012.

¹²⁸ ORJUELA, María. *El Nuevo Sistema Acusatorio: Guía Práctica de las Audiencias preliminares dentro del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano*. Ediciones del profesional. Bogotá. 2006.

¹²⁹ Ibid.

El Juez Penal Municipal y Magistrados del Tribunal Superior¹³⁰ , fueron designados para llevar a cabo la función de asegurar la no violación de los derechos fundamentales de las personas que están siendo investigadas dentro del proceso penal.

Dicho funcionario debe examinar las actuaciones que se le ponen de presente por parte de la Fiscalía General de la Nación, la cual a su vez las ha obtenido de su policía Judicial, debiendo establecer en su leal saber y entender si aquellas diligencias en su producción cumplieron o no con las formas propias de su recolección y fundamentalmente si respetaron los derechos universales y constitucionales que protegen a toda persona, especialmente aquellos relacionados con su libertad e intimidad.

La razón principal que tuvo en cuenta el Legislador para establecer dos clases de jueces, es impedir que el Juez de Conocimiento se contamine previamente al juicio, de los pormenores de la conducta a investigar, por ello es que al Juez de Control de Garantías es a quien le compete adelantar las diligencias previas al juicio público, dando esto como resultado que nunca el Juez de Control de Garantías puede conocer como Juez de Conocimiento de los procesos que conoció en la etapa previa, pero éste sí puede ser Juez de Control de Garantías, porque debe garantizar durante el juicio el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes.

El control que realiza el Juez de Control de Garantías no es solamente formal, sino sustancial, teniendo en cuenta que lo allí decidido hace referencia a los derechos fundamentales que a su vez son derechos subjetivos cuyo titular es la persona humana y le

¹³⁰ Art. 39 del C.P.P. de la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito... PAR. 1._ En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

son dados a ella "per se", es decir por tener esa calidad de ser humano, y por lo tanto no puede ser utilizado como instrumento para esclarecer los hechos.

La Corporación que interviniera en la reforma penal actual, sobre los Jueces de Control de Garantías, expuso que no se había creado una nueva categoría de jueces, sino que se les había asignado una función más, como es la de revisar la no vulneración de derechos fundamentales por parte de la Fiscalía General de la Nación, pero en ningún momento dicho juez puede interferir o sugerir las actuaciones a realizar por dicho Ente Fiscal:

" ...El juez que ejerce la función de control de garantías en un caso concreto no podrá dar orientaciones a la Fiscalía sobre el rumbo de la investigación, no podrá decretar pruebas de oficio, tampoco celebrar audiencias no pedidas y, respecto de la cadena de custodia, sólo intervendrá para verificar que exista y se haya manejado correctamente. En conclusión, cualquier intromisión del juez que ejerza la función de control de garantías en la investigación desdibujaría el papel para el cual fue creado y lo convertirá en algo similar a un juez de instrucción, posibilidad que es contraria totalmente con el texto del acto legislativo antes mencionado"¹³¹

Nombres que recibe el actual Juez de Control de Garantías, en otros países:

En Alemania se le llama "Juez de la Investigación" o "Juez Investigador". En Italia es denominado "Juez para las Indagaciones Preliminares".

¿Qué derechos fundamentales se podían ver afectados?

- La libertad;
- La inviolabilidad de domicilio;
- Secreto de sus comunicaciones;
- La propiedad;
- Su intimidad personal;
- Pudor sexual, entre otros.

¹³¹ PERIÓDICO ÁMBITO JURÍDICO. Bogotá. marzo de 2003, **Numero del periodico** Pag.12

Al respecto la Sentencia C-I092/93 (Anexo No. 4), en la exposición de motivos por parte de los proponentes de la norma y los razonamientos de la Corte, son bien enfáticos en afirmar que el control realizado por el Juez de Control de Garantías a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, no es sólo material, sino que es integral, es decir, que dichas diligencias se hayan realizado respetando los lineamientos del debido proceso, artículo 29 de la Constitución Nacional, lo que conlleva a establecer el respeto de los derechos fundamentales de las partes débiles de la contienda penal. El Juez de Control de Garantías, realiza su gestión únicamente a través de audiencias preliminares.

En relación con los medios de prueba recopilados, le es dable únicamente al Juez de Control de Garantías establecer si está o no conforme a derecho, es decir si cumple con los requisitos formales y materiales para establecer su validez y tenerla como tal, debiendo para ello establecer si se cumplieron con el pleno respeto de las normas procesales y sustanciales de todo rango, porque ya en cuanto a su valor probatorio está reservado al Juez de Conocimiento, quien es el encargado de sopesar las pruebas presentadas a él en el desarrollo del juicio y establecer si son suficientes para demostrar la teoría del caso por la parte pertinente.

4.3 AUDIENCIAS PRELIMINARES

La Ley 906 de 2004 establece que son las audiencias preliminares¹³², como aquellas en las que se resuelven actuaciones, peticiones y decisiones que no deben ordenarse, resolverse o

¹³² Los Manuales de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, publicados en 2005 (página 61) y 2006 (página 93), definen las audiencias preliminares como: “ [...] aquellas que se realizan ante el Juez de control de garantías durante la indagación y la investigación para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones. Por excepción tienen lugar en la fase de juzgamiento, por ejemplo

adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o juicio oral, las que por disposición legal corresponden al juez de conocimiento, en tanto las preliminares se resuelven por el juez con funciones de control de garantías.¹³³

En las audiencias Preliminares se tratan las siguientes situaciones que tienen el potencial de generar nulidades:

- Inspección corporal y toma de muestras cuando se realiza en contra de la voluntad del imputado.
- allanamientos y registros sin los requisitos de ley.
- audiencia de imputación de cargos sin haber agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación cuando es viable la misma.
- declaratoria de persona ausente sin el cumplimiento de los requisitos.
- formulación de imputación ante juez incompetente como en el caso de los aforados constitucionales.
- retención de correspondencia sin orden judicial.
- captura sin leer los derechos del capturado.
- interceptación de comunicaciones telefónicas sin orden judicial.
- declaratoria de contumacia sin haber agotado la ubicación del investigado.

para resolver una solicitud de prueba anticipada, o de legalización de captura producida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación”, pero siempre presididas por el juez de control de garantías.

¹³³ ARBOLEDA, Mario. Código penal y de procedimiento penal. Trigesima edición. Editorial Leyer, Bogotá. 2012.

- aplicación al principio de oportunidad sin el previo consentimiento de la víctima.
- audiencia de imputación de cargos sin defensa técnica y material.

4.4 COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES EN EL TRÁMITE DEL ARTÍCULO 339 DE LA LEY 906 DE 2004.

Observemos ahora el texto del artículo 339 de la ley 906 de 2004:

CAPITULO II

Audiencia de formulación de acusación

Artículo 339. Trámite. Abierta por el Juez la audiencia, concederá la palabra a la Fiscalía, a la defensa y al Ministerio Público para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el contenido de la acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el Fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al Fiscal para que formule la correspondiente acusación (...).

De acuerdo a la redacción del texto se observa claramente que la etapa para invocar nulidades es ante el juez de conocimiento en audiencia de formulación de acusación, la ley plasma la etapa y la competencia para invocar nulidades, “Nulidades” en termino general, es decir hablamos de todas aquellas nulidades que observamos en los capítulos anteriores relativas y absolutas, nulidad derivada de la prueba ilícita, Nulidad por incompetencia del juez, y la más importante en la cual centramos nuestra atención: Nulidad por violación a las garantías fundamentales.

Es así como en atención al artículo 230 de la Carta Constitucional donde los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, y en atención a la teoría de los exegéticos, nos preguntamos: la ley establece otras etapas diferentes al artículo 339 del C.P.P para invocar nulidades? La respuesta es No.

Que procedimiento deberíamos seguir como defensores dentro de una actuación judicial para invocar la nulidad en cualquier momento donde se observe la trasgresión a los derechos mínimos de una persona o mejor llamados derechos fundamentales? En atención al artículo 230 de la Constitución recurriríamos a los criterios auxiliares como la Jurisprudencia, que ha dicho la jurisprudencia en este tema central que nos ocupa?

Obsérvese que nos encontramos ante una omisión legislativa en el artículo 339 del C.P.P ya que de acuerdo a lo estudiado el juez de control de garantías con todas sus calidades y particularidades no podría conocer o ser competente para conocer de nulidades, pues el competente es el juez de conocimiento, ahora bien de acuerdo a la jurisprudencia de la corte constitucional, habla de invocar la nulidad en cualquier tiempo remitiéndonos de esa forma a la ley 600 de 2000, a dicho la misma carta política que está en un criterio auxiliar de la administración de justicia y por tanto no obliga a los jueces a tenerlas en cuenta a sus decisiones por tanto son autónomos de apartarse a la misma y por el contrario acatar y someterse únicamente al imperio de la ley.

Ejemplo de lo anterior tenemos:

En el municipio de Granada –Meta el día 25 de febrero de 2008, bajo el radicado No 505776105598200880002

La Dra Mary Luz Celis, solicito la nulidad de legalización de captura, de formulación de imputación y de la medida de aseguramiento fundamentándose en que el derecho de

defensa y debido proceso fueron vulnerados por no haberse realizado las mismas en el lugar que ocurrieron los hechos y por no tenerse en cuenta el juez natural.

La fiscalía manifestó que este despacho no es el competente para conocer de la nulidad ya que es la audiencia del artículo 339 del C.P.P ante el juez de conocimiento.

El despacho decidió que este no es el competente para llevar a cabo la diligencia ya que no es de resorte de los jueces de garantías conocer de las nulidades, ya que el competente es el juez de conocimiento.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL
GRANADA (META)

Calle 24 carrera 15 Esquina- Palacio de Justicia Telefonos 6590100 y 6590390

Granada (Meta), 25 de febrero de 2008

RADICACION DE LA FISCALIA No. 505776105598200880002

HORA DE INICIO : 3:15 P. M

HORA FINAL : 3:40 P.M.

Nombre del Juez : LILIAN YANETH NUÑEZ GAONA

Nombre del fiscal : CECILIA CASTRO VALBUENA.
Fiscal 29 Seccional.

Procurador 278 Judicial No.1 Penal Dr. FEISAR FERNANDO CASTRO ZAMORA
Asistió: (SI) o ()

Nombre del Defensor: MARYLUZ CELIS LAVERDE

Cédula de ciudadanía NO. 52.931.404 de Bogotá

TP.No. 161694 del C. S.J.

Dirección de ubicación: Calle 88 No. 13ª-35 El Virrey Telf. 2564193

Defensor de Confianza.

Asistió: (SI) o ()

Nombre del Indiciado: LEISER ANDRES RAMOS TANGARITE

C.C.No. 86.031.060 de Fuente de Oro

Asistió: (SI) o ()

Delito: PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Petición: 1º Nulidad de Legalización del Procedimiento de Captura de Formulación de la Imputación y de la medida de aseguramiento.

OBSERVACIONES:

Solicita la defensa se decrete la nulidad de las audiencias preliminares toda vez que se vulneró el derecho a la defensa y el debido proceso, por no haberse realizado las mismas en el lugar donde ocurrieron los hechos, es decir en el municipio de Puerto Lleras y por se tuvo en cuenta el Juez natural.

La fiscalía aduce que este despacho no es el competente para conocer de la nulidad toda vez que no es el Juez natural y que no es el competente para decretar la nulidad, ya que es el audiencia del art. 339 del C.P.P. ante el Juez de conocimiento.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL
GRANADA (META)

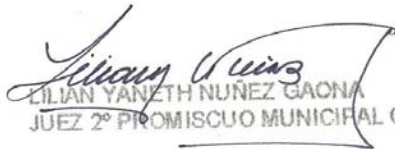
Calle 24 carrera 15 Esquina Palacio de Justicia Telefonos 6588100 y 6580390

A su turno el señor procurador informa igualmente que se debe tener en cuenta el Juez natural para solicitar las audiencias de nulidad que requiere la defensa y que su criterio, las audiencias deben ser adelantadas ante el juez de garantías porque son los derechos fundamentales que se están vulnerando.

El despacho decidió que éste no es el competente para llevar a cabo la diligencia por no ya que en esta municipalidad no ocurrieron los hechos y que no es de resorte de los jueces de garantías conocer de las nulidades, ya que el competente es el Juez de conocimiento.

Contra la decisión no interpusieron recursos.

Se hace entrega al Centro de Servicios Judiciales de la presente acta, el expediente y un casete con la grabación.


LILIAN YANETH NUÑEZ GAONA

JUEZ 2º PROMISCO MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

En la ciudad de Bogotá, el día 01 y 02 de Diciembre de 2012, bajo el radicado No 2012-00025, con No de interno 173043 se realizaron audiencias preliminares de Imputación de cargos, legalización de captura y medida de aseguramiento ante el juez 7 municipal de control de garantías por el presunto delito de tráfico, fabricación y porte de arma de fuego o municiones de uso restrictivo de las Fuerzas Militares a seis individuos miembros activos del Ejército nacional:

La fiscalía 7 especializada de la unidad antiterrorismo, manifestó haber solicitado ante el juez 20 de control de garantías las órdenes de captura de los individuos y aseguro que en su momento se colocó en conocimiento a este mismo juez la existencia de otro proceso por los mismos hechos ante el juez 88 Penal Militar, y procede en primera instancia a solicitar el control de legalidad de las 6 capturas:

“Teniendo en cuenta que esta delegada fiscal investiga dentro de la investigación de la referencia la conformación del frente 53 de las Farc y dentro de esa investigación surgen su señoría la red que aprovisiona el material bélico a este frente 53 de las Farc, de donde su señoría se ha verificado la incautación de material que ha sido suministrado desde la base militar de Tolemaida a este frente 53 de las Farc, como son en 174 granadas de 60 y 40 milímetros y 90 proveedores para fusil estas son los motivos que se pusieron de presente a la juez 20 de control de garantías para emitir estas órdenes de captura”

La defensa representada por varios abogados defensores manifestaron que los mismos hechos por lo que esa delegada fiscal está investigando ya están siendo investigados por el juez 88 Penal Militar en Tolemaida:

“Actualmente con las personas que están vinculadas aquí, se encuentran pendientes por resolver situación jurídica, ya fueron vinculados a través de indagatoria en el mes de Junio de este año aproximadamente, tanto así que la semana pasada se realizó una inspección judicial a municiones y quedaba pendiente resolver situación jurídica es por esta razón su señoría que en atención al principio Constitucional de Nom Bis In Idem: No se puede investigar dos veces por los mismos hechos, pues no es procedente la actuación de la fiscalía, es una actividad irregular de la fiscalía”

“Solicito que como consecuencia de la captura ilegal que realiza la fiscalía a través del CTI se ordene la libertad inmediata, porque no podemos ir en contra del derecho constitucional de no juzgar dos veces por los mismos hechos y esta captura se torna ilegal por violación al debido proceso. Entonces si el juez encargado el 88 penal militar resuelve situación jurídica con medida de aseguramiento y aquí también, entonces tenemos dos medidas de aseguramiento por los mismos hechos?”

“Si usted señor juez decreta la legalidad de esta captura y se prosiguen con las audiencias sub siguientes, estamos desconociendo la competencia que ya tiene el juez penal militar respecto a estos hechos, estaríamos dando competencia a la justicia ordinaria, estaría la competencia en estas dos jurisdicciones, esto va en contra de todo los principios constitucionales del debido proceso y violación del Nom bis in ídem”

La fiscal arguye: “Esta delegada fiscal si comunico a la juez 20 de control de garantías no solo que existía un proceso penal pendiente en la justicia penal militar si no también que existe otra actuación disciplinaria para estas personas vinculadas al ejército Nacional”

“Como en este caso no se ha resuelto situación jurídica, no se han vinculado de manera formal a ese proceso y por lo cual quienes deben reclamar si a ello hay lugar un conflicto de competencias es a la justicia penal militar posterior a las siguientes diligencias toda vez que en el proceso penal o sistema penal acusatorio el conflicto se traba en la audiencia de acusación iniciando la misma.”

Es decir, según la fiscalía debemos esperar a la audiencia de acusación del artículo 339 de la ley 906 de 2044 para dirimir el conflicto de competencias, conflicto que involucra derechos fundamentales que deben ser resueltos de manera inmediata?

El juez 7 penal municipal de garantías manifestó:

“Sin embargo como a bien lo ha dicho el señor defensor esta colisión de competencias si en el futuro se va a presentar una colisión de competencias esta colisión la debe resolver el Consejo Superior de la Judicatura”

“Si a bien le asiste razón al señor defensor en cuanto el control de legalidad de la orden de captura debe ser tanto formal como material, pero ello no quiere decir que esta juez que hace un control superior se convierta en una segunda

instancia del juez que emitió la orden de captura, orden de la cual como ya se dijo se presume su veracidad y acierto y por ser una juez homologa pues mal podría permitirse que se hiciera una verificación, una revisión de la decisión que ha sido tomada por una juez del mismo nivel que esta funcionaria.”

Por todo lo anterior, cual es la función de un juez de control de garantías? Hoy año 2013? Su figura se creó con el fin de verificar que no se vulneren las mínimas garantías a un individuo, evitar arbitrariedades e injusticias, se prevé que cualquier decisión judicial sea tomada por ellos o por lo menos con su aprobación, que con la presencia de ellos se vislumbre un proceso transparente y protector. Estamos ante un juez de control de garantías o ante un juez de control de procedimientos? Donde queda el debido proceso establecido en el artículo 29 de la constitución Política de Colombia?

La defensa interpone recurso apelación a la audiencia de legalización de captura, dicho recurso fue de conocimiento del juez 33 Penal del Circuito el día 26 de Febrero de 2013, el cual negó el recurso fundamentándose en que dicha nulidad interpuesta por el defensor se debe interponer ante el juez de conocimiento en audiencia de acusación de que trata el artículo 339 de la ley 906 de 2004.

Ahora nos preguntamos: Cuanto tiempo permanecerá en incertidumbre un detenido para conocer quien el juez competente para conocer de su caso? El juez competente hace parte del derecho fundamental al debido proceso, es un derecho que tiene toda persona y el cual genera una nulidad en caso de trasgresión.

En el caso anterior, 120 días es el término que posee los fiscales especializados para presentar el escrito de acusación, de acuerdo al artículo 49 de la ley 1453 de 2011, es decir 4 meses, y posteriormente el juez de conocimiento fija fecha para la respectiva audiencia de formulación de acusación, durante este término los individuos deberán permanecer detenidos en un centro de reclusión penitenciario con la incertidumbre de su juez natural.

Y no se vulnera el derecho fundamental al debido proceso? Para nosotros es una vulneración más que clara al debido proceso, el derecho de defensa y la dignidad de la persona humana. Una institución de este estilo choca contra toda concepción de lo que debe ser un estado social de derecho y un estado rico en protección a derechos fundamentales establecidos en la constitución política.

La privación de la libertad durante el trámite del proceso debe ser excepcional, y no la regla general. Es una regla en nuestro país que las autoridades gubernamentales alzaprimen la prisión preventiva, como el recurso más eficaz en la lucha contra el delito, incurriendo así en una desnaturalización punitiva del encierro procesal.

Esta “actuaciones” convierten a la prisión preventiva en una herramienta de mercadeo, mediante el cual legislador o autoridades judiciales procuran mejorar su imagen de gestión ante la comunidad, que se muestra satisfecha en parte con esa sanción inmediata y anticipada. En este contexto, los institutos procesales sufren una distorsión: la prisión preventiva o denegatoria de la excarcelación resulta ser la “tacha”

Entonces las autoridades judiciales por mejorar su imagen o mejor por poseerla, atentan contra los derechos fundamentales inherentes a un individuo sin importar, solo y con el único objetivo de mostrar al mundo un resultado ante la aparente impunidad.

En audiencia de imputación de cargos dentro de la misma audiencia que hemos venido comentado de los 6 miembros activos miembros del Ejército nacional, la defensa manifestó al juez que no es competente para conocer de los hechos que pretender imputar la fiscalía ante lo cual la juez manifestó:

“ Es improcedente su solicitud en este escenario procesal toda vez que, el legislador estableció en el artículo 341 el trámite de impugnación de competencias, trámite que ubico en la audiencia de acusación, es que efectivamente la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de Agosto de 2009, estableció que una de las finalidades de la formulación de acusación es precisamente definir la competencia, asegurar la imparcialidad del juez por

medio de impedimentos y recusaciones y sanear el procedimiento en lo sustancial, así las cosas y teniendo en cuenta que es el mismo legislador que hace dentro de la sistemática del código penal, paso a paso de procedimiento que se debe llevar a cabo en el sistema acusatorio y el trámite para decidir o no de las impugnaciones lo ubica no solo temporal dentro de la formulación de acusación si no que así la norma lo establece, ténganse en cuenta que el análisis y la interpretación del código procedimental debe hacerse de manera sistemática, entendiendo que el procedimiento penal está conformada de varias etapas que tiene razón de ser, es en audiencia de acusación donde al tenor del artículo 341 debe resolverse por parte del juez de conocimiento esa solicitud.”

Este es el rigorismo procedimental que sigue imponiéndose a la efectividad de un derecho fundamental, prevalece el debido proceso formal, el cual representa las etapas estrictamente procesales que deben cumplirse, por encima del debido proceso de tipo material, que es el conjunto de garantías constitucionales y legales reconocidas al ciudadano.

Pareciera ser que ante la problemática de la competencia el legislador propuso una solución en su artículo 54 de la ley 906 de 2004, cuando establece:

DEFINICIÓN DE COMPETENCIA - ARTÍCULO 54. TRÁMITE: “Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla, quien en el término improrrogable de tres (3) días decidirá de plano. Igual procedimiento se aplicará cuando se trate de lo previsto en el artículo 286 de este código y cuando la incompetencia la proponga la defensa.”

Pero observemos lo que manifestó la juez 7 Civil Municipal de control de garantías en la formulación de imputación de cargos a los miembros del ejército nacional, frente a la petición del defensor:

“Así las cosas entonces se debe analizar si en este momento tal y como lo señala el artículo 54 debe darse trámite de manera inmediata a esta solicitud impetrada por la defensa o por el contrario se debe dar continuación a la audiencia de medida de aseguramiento, valga decir que estas audiencias son de carácter concentradas es decir, que todas se deben agotar en el mismo momento

en el cual se están desarrollando porque todas si bien es cierto tratan sobre temas diferentes también lo es que tienen una unidad de finalidad o temas en común como es en este momento decidir o no que se va a hacer con unas personas privadas de su libertad, si fuera el caso entender que el artículo 54 demanda que una vez realizada la imputación se dé el tramite respectivo a la impugnación de competencia se dejaría en un limbo jurídico lo respectivo a la libertad o no de las personas que han sido capturadas, entendiéndose que esta juez tampoco estaría en capacidad de emitir ni una boleta de libertad ni una boleta de captura, lo cual no sería lo deseable porque efectivamente se tiene que decidir en este momento, así las cosas no se podría entender que es de manera inmediata como se debe de una vez surtir el tramite sobre impugnación de competencias, ello con base en a buen juicio las diferentes jurisprudencias han señalado que estas audiencias son de carácter concentradas y precisamente tiene esa motivación y es que no se vea interrumpido por ninguna causal, precisamente ese devenir de las personas que están capturadas, por esos argumentos entonces si bien es cierto un defensor ha manifestado que la competencia proceda a la jurisdicción penal militar a ello se le dará tramite una vez se agote todas las audiencias concentradas que estamos realizando el día de hoy”

TITULO III.
FORMULACION DE LA IMPUTACION.
CAPITULO UNICO.
DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 286. CONCEPTO. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

Ahora bien, que pasaría si el juez de conocimiento decretase una nulidad de lo actuado hasta el momento?, cuando ya han transcurrido 4 meses de haberse realizado las audiencias preliminares? Como consecuencia de ello tenemos el desgaste de la justicia, la pérdida de tiempo, la tardanza de los procesos, las privaciones de libertad de los individuos sin justa causa, la vulneración los derechos fundamentales, la desconfianza al sistema judicial por parte del conglomerado, entre otros.

“Un porcentaje inferior al 20% de los delitos llega a los estrados judiciales, sin embargo, las cárceles presentan hacinamiento, los despachos judiciales se

encuentran congestionados, los términos de privación de libertad superan los límites legales, las decisiones de los jueces son seriamente cuestionadas no solo por la comunidad sino también por organismos nacionales e internacionales protectores de derechos humanos, lo que indica que las reformas hasta el momento han resultado inútiles e insuficientes por sí solas.”¹³⁴ (Nueva Época. 2009)

El sistema actual y el artículo 339 de la ley 906 de 2004 constituye una práctica atentatoria contra la dignidad humana y el debido proceso entre otras:

1. Se excede en formalismos que tornan más lenta y compleja la situación de un individuo frente al proceso.
2. Mantener detenida a una persona hasta tanto se pueda invocar una nulidad por violación a un derecho fundamental.
3. No ser juzgado de manera rápida y sin dilaciones.
4. Prolongar por cumplimiento de un formalismo la detención de una persona a pesar de haberse puesto en conocimiento la evidente nulidad por violación a un derecho fundamental.
5. El juez de control de garantías que conoce de primera mano de la afectación a derechos fundamentales no puede conocer de nulidades con ocasión de las mismas.

Creemos fielmente que con el desarrollo de este trabajo y como solución al inconveniente jurídico demostrado, se propone una demanda de inconstitucionalidad del artículo 339 de la ley 906 de 2004, por ser violador del derecho fundamental al debido proceso. Y que la ley 906 de 2004 establezca que las nulidades pueden ser propuestas en cualquier tiempo y ante cualquier juez que tenga el conocimiento de los hechos.

¹³⁴ CORTES, Margarita. Justicia penal eficaz. EN.: Revista Nueva Época. Bogotá D.C, Agosto 2003. No 20.

4.5 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA –DERECHOS FUNDAMENTALES

Derecho al debido proceso.

Sentencia T-999/06

Magistrado ponente: Dr Jaime Araujo Renteria

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo judicial de carácter excepcional consagrado en la Constitución para la protección efectiva de los derechos fundamentales, la cual será procedente en ausencia de las vías judiciales ordinarias o en presencia de ellas, pero con el único fin de evitar un perjuicio irremediable. Por su parte el derecho al debido proceso encuentra sustento constitucional en varias normas de la Carta Política, siendo el artículo 29 el que de manera expresa dispone los lineamientos esenciales del mismo. Según el contenido del artículo 29 Superior, todas las personas cuentan con unas condiciones sustanciales y procedimentales mínimas las cuales garantizan la protección de sus derechos e intereses, así como también permiten la efectividad del derecho material.

Las anteriores apreciaciones se encuentran ampliamente explicadas por la Corte entre otras en la sentencia T- 280 de 1998, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero, que al respecto señaló:

El debido proceso es todo un conjunto de derechos de las personas expresado en los artículos 28 (libertad de movimiento y otras cortapisas que se le imponen al Estado), 29 (el propio debido proceso y el derecho de defensa), 30 (recurso de habeas corpus), 31 (doble instancia), 33 (inmunidad penal), 34 (prohibición de destierro, confiscación y prisión perpetua), 36 (derechos de asilo). La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo, por consiguiente, en la Constitución de 1991 el debido proceso es algo más profundo que tipificar conductas, fijar competencias, establecer reglas de sustanciación y ritualismos, indicar formalidades y diligencias, como se deducía de los términos empleados por la ley 153 de 1887.

El debido proceso no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.

Reglas y principios en el debido proceso.

En el Título “De los principios fundamentales” de la Constitución está incluido el artículo 2º que señala como fin esencial del Estado la efectividad de los principios. En el artículo 228 de la constitución se establece la prevalencia del derecho sustancial, en el artículo 229 del mismo documento se consagra el acceso a la administración de justicia, en el artículo 230 ibídem se habla del imperio de la ley y en el artículo 29 se desarrolla el debido proceso.¹³⁵ Respecto a esta última norma, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas NORMAS ABIERTAS. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T- 280 de Junio de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso. Sobre este tópico de las normas abiertas, Ernest Fuchs, a principios del siglo, dijo: ‘en los estudios, la ciencia y la praxis las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria’.

Pero esta posición lleva a un planteamiento más de fondo: el debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Dentro de los lineamientos anteriores se advierte entonces, que el debido proceso comprende esencialmente el respeto de un procedimiento previamente establecido por la ley, y cuya finalidad es garantizar los derechos sustanciales.

Nótese aquí, que si el debido proceso es el respeto de un procedimiento previamente establecido en la ley y en el artículo 339 nos dice que las nulidades se invocan en esta audiencia y ante el juez de conocimiento, planteándonos el procedimiento a seguir para las nulidades, existe una contrariedad con el mismo derecho fundamental al debido proceso. Puesto que este mismo iría en contra de su propia naturaleza, el cual mal podría decirse que existe un debido proceso cuando una figura tan importante para la salvaguarda de derechos fundamentales se limita a una etapa y a un juez.

Retomando la sentencia antes citada:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe propender porque se protejan y hagan efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera. Por esas razones, con mayor ahínco, se reclama una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel

estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un participante más de las relaciones diarias.

Consecuencia del respeto al debido proceso es que quienes hagan parte de un proceso de orden administrativo o judicial, podrán, en defensa de sus intereses particulares participar activamente del mismo, sentando su punto vista, aportando las pruebas que consideren pertinentes, controvertir las que aporte su contraparte y someterse de manera respetuosa a la decisión que dicte el juez al finalizar el proceso.

Así, el respeto por el debido proceso tendrá plena aplicación en todas aquellas actuaciones de la administración, ya sea en el trámite de un proceso administrativo o de carácter judicial.

En la sentencia C- 979 de la Corte Constitucional se habla sobre la verificación que debe tener el juez de control de garantías:

“El juez de control de garantías debe propender en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías, constitucionalmente previstos para la persona procesada.” En diversas actuaciones el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la perseveración de los derechos y garantías.¹³⁶

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Casación Penal nos habla sobre la invalidez de los actos procesales.

En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema penal acusatorio, la Sala definió, que si bien es cierto la nueva normatividad procesal penal no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la Ley 600 de 2000, no implica

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia C- 979 del 26 de Septiembre de 2005 M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

que hayan desaparecido, pues se trata de aspectos que son consustanciales a ellas.¹³⁷

Es decir que tendríamos que remitirnos a la ley 600 de 2000 ante el vacío existente en la norma que la misma corte confiesa que adolece.

La estructura del sistema ha sido estudiada en las sentencias C- 837 de 2003, C- 1092 de 2003 y C- 591 de 2005

Así, en cuanto al ámbito del derecho de defensa, ha dicho la Corte que se trata de una garantía que es susceptible de ser ejercido durante todo el proceso. Así, mientras que la Ley 906 de 2004 condicionaba su ejercicio a la adquisición de la condición de imputado, la Corte consideró que éste debe garantizarse, incluso, desde que el ciudadano tiene conocimiento de que cursa una investigación en su contra (Corte Constitucional, 2005).

En la sentencia C-509 de 2004 la Corte señaló que el legislador incurre en una omisión legislativa relativa cuando ha regulado “de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”

¹³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia). Sala Casación Penal. Sentencia No 300033 de 2008. M.P.

CONCLUSIONES

- Con el desarrollo del trabajo observamos la evidente contrariedad del artículo 339 de la Ley 906 de 2004 con la Constitución Política de 1991, normas del derecho internacional y los principios rectores consagrados en el Código de Procedimiento Penal.
- El artículo 339 del C.P.P, si vulnera derechos fundamentales del ser humano y el debido proceso al limitar la oportunidad de solicitar nulidades a la audiencia de acusación únicamente ante el juez de conocimiento y esta restricción normativa impide que el juez de control de garantías, en ejercicio de su función constitucional pueda en virtud de la protección de los derechos fundamentales arrogarse el estudio de la nulidad y decretarla con anterioridad a dicha audiencia de acusación, o que se realice lo propio en otra etapa procesal posterior a la establecida en el artículo 339.
- Por todo lo desarrollado en este trabajo, concluimos que el artículo 339 de la ley 906 de 2004 actual código de procedimiento penal colombiano, quebranta el debido proceso y derechos fundamentales al establecer que la única etapa para invocar nulidades es, en la audiencia de acusación ante el juez de conocimiento.
- No existe normatividad que le permita a los defensores proponer nulidades con anterioridad a dicha audiencia, es decir en audiencias preliminares, y tampoco existe normatividad que le permita a los jueces de control de garantías conocer de las mismas, pese a que el artículo 250 num. 3 de la Constitución Política de Colombia manifiesta que: “(...) En caso de requerirse medidas adicionales que implique afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”.

- Esto implica que la figura del Juez de Control de Garantías es creada por la constitución para proteger el núcleo esencial de los derechos fundamentales y su rol no se está cumpliendo; Cualquier acción que afecte los derechos fundamentales debe ser sometida necesariamente a este Juez, que funge como constitucional dentro del proceso penal, el cual debe realizar una valoración jurídica o ponderación que garantice el equilibrio entre los derechos en tensión; en el caso que nos ocupa el Juez de control de garantías, debe conocer de las nulidades que los defensores soliciten y estén vulnerando derechos fundamentales, de tal manera que sea eficaz y funcional la administración de la justicia penal y coherente con los principios orientadores de la constitución política.
- Con el trabajo se buscó concientizar a los funcionarios judiciales y defensores que la solicitud de nulidad no debe esperar a una audiencia específica y no debe limitarse, pues la ley debe velar porque esta garantía se pueda proponer en cualquier momento del proceso, ya sea en etapas preliminares ante juez de control de garantías o ante juez de conocimiento, cuando realmente sea eminente la afectación a los derechos fundamentales.
- Se recomienda a los defensores luchar por las mínimas garantías establecidas en nuestra constitución, dejar de lado la aplicación exegética de la norma en contravía de las normas supremas constitucionales y con ello evitar la dilación, pérdida de tiempo, trabajo y congestión en los despachos judiciales que deben comenzar desde el inicio una investigación, por la declaratoria tardía de una causal de nulidad.
- Así las cosas, se propone una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 339 de la ley 906 de 2004 por ser inconstitucional y en su defecto se incorpore un artículo a la ley 906 de 2004 que establezca, que las nulidades por vulneración al debido proceso y derechos fundamentales se pueden invocar en cualquier tiempo y ante cualquier juez, solo y de esta manera se erradicaría de fondo el problema planteado.

- Como propuesta alternativa se propone la creación de un juez de control de garantías especializado para el conocimiento exclusivo de nulidades por vulneración a derechos fundamentales en etapas preliminares de la investigación penal.

ANEXOS

Anexo A. CD que contiene: Audiencia preliminar de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento ante el juez 7 Municipal de control de garantías, del 01 de diciembre 2012, 50001600000020120002500_110014088007, Bogotá.

Anexo B. CD que contiene apelación- solicitud de nulidad a la legalización de captura por vulneración a derechos fundamentales. ante el juzgado 33 penal circuito con funciones de conocimiento del 26 de febrero de 2013 , 500016000000201200025.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano. Facultad de derecho. Universidad Libre. Bogotá, 2009.

ACNUR Y MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE COLOMBIA. “Directriz de Enfoque Diferencial para el goce efectivo de derechos de las personas mayores en situación de desplazamiento forzado en Colombia” ISBN 978-958-8361-97-0. Primera Edición Enero de 2011.

ALBARRACÍN, José. El Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Tomo II Audiencias en el Juicio Oral. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2005.

Audiencia preliminar de Imputación de Cargos del 01 de Diciembre 2012, Archivo de Audio 50001600000020120002500_110014088007, Bogotá.

BARRY, Brian. La justicia como imparcialidad. Ediciones Paidós, Ibérica S.A. 2007.

BERNAL y MONTEALEGRE. El proceso Penal Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición. 2004.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Traducción por Carlos Bernal Pulido. Ed. Universidad externado de Colombia, 2003.

CAFFERATA, José I. La Jurisprudencia de los tribunales penales, ¿ha sido consecuente con la normativa supranacional sobre derechos humanos?

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Quinta edición. Volumen I. Editorial Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina, 1980.

_____, Lecciones sobre el Proceso Penal. Ejea, 1950. Vol. III.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 de 2002, Diario Oficial 45.040 del 20 de Diciembre de 2002.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (Colombia), “el rol de los jueces y magistrados en el Sistema Penal Acusatorio” (Técnicas del Proceso Oral Sistema Penal Acusatorio). Serie manuales de formación. Con el apoyo de: agencia de los estados unidos para el desarrollo internacional, usaid/colombia. República de Colombia, Bogotá, septiembre 2005.

_____, Sala Administrativa. “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2004.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre 1969.

CORTES, Margarita. Justicia penal eficaz. Revista Nueva Época número 20. Cooperación Universidad Libre Facultad de derecho. Bogotá D.C, Agosto 2003.

DE LA RÚA, Fernando. Proceso y Justicia (Temas Procesales). Ed. Lerner, 1980.

DE QUIROZ y RODRÍGUEZ. Nulidades en el Proceso Penal. Ediciones jurídicas cuyos. R. L. Mendoza, 1982.

Declaración americana de derechos y deberes del hombre de 1948.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 10 de Diciembre de 1948.

ESCOBAR, Guillermo. Introducción a la Teoría jurídica de los Derechos Humanos. Cicode. Trama editorial. España, 2005.

FERRAGOLI, Luigi. Democracia y Garantismo. Editorial Trotta. Madrid, 2008.

_____, Derechos y Garantías. Editorial Trotta. Fernández Ciudad, 2009.

FIERRO, Heliodoro. Los recursos en el proceso penal. Ed. Leyer. Bogotá, 2008.

GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. La nulidad en el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997. En Revista Justicia. Barcelona, año 1998.

HOUED, Mario. Las Nulidades en el Proceso Penal”. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica No 1. República Dominicana. Diciembre 1989.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION (Colombia). Manuales de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Bogota. 2005 y 2006.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho procesal penal VIII. Ejea. Buenos Aires, 1963.

MAURINO, Alberto. Nulidades Procesales. 1ª reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985.

NOVOA, Néstor. Actos y Nulidades en el proceso penal. Tomo II. 3ra Edición. Biblioteca Jurídica Díké. Bogotá, 2003.

NOVOA, Néstor. Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y acto prueba. Tomo II quinta Edición. Bogotá, 2011.

NÚÑEZ, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ed. Lerner. Argentina, 1978.

OLANO, Hernán. Constitución Política de Colombia. Séptima Ed. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá 2006.

ORJUELA, María. El Nuevo Sistema Acusatorio: Guía Práctica de las Audiencias preliminares dentro del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano. Librería Ediciones del profesional, 2006.

OTEIZA, Eduardo. El Debido Proceso: Evolución de la Garantía y Autismo Procesal., “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Temis. Panamá, 2003.

PALACIO, Martha. Debido Proceso Disciplinario. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.

Periódico *Ámbito Jurídico*. Editorial Legis, marzo 10 de 2003.

POPPER, Karl R. “La sociedad abierta y sus enemigos”. Paidós Ibérica. 2006.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Auto de responsabilidad disciplinaria. IUS: 2008 – 305318, IUC D – 2010 – 139 82630, Bogotá D. C., 27 de octubre de 2010.

SYC S.A. Proyecto cultural. Acta de la constitución del estado libre e independiente del Socorro” Socorro, Santander, 15 de agosto de 1810, versión 2010.

QUINTERO y PRIETO. Teoría general del proceso, t. II. Edit. Temis. Bogotá. 1992.

R.A.E. “Diccionario de la lengua Española”. Vigésima segunda edición. **CIUDAD**

RIASCOS, Libardo O. La Constitución de 1991 y la Informática Jurídica. Dígito computarizada. Concurso Nacional "Escuela Lara Bonilla", Bogotá, 1995.

RODRÍGUEZ, José. Captura, Imputación y Medida de aseguramiento en el nuevo sistema penal acusatorio. Ed. Ibáñez, Bogotá, 2008.

RODRÍGUEZ, Luis. Teoría y Práctica de las nulidades y recursos procesales. Editorial Gowa profesionales. Buenos aires, Argentina, 1999.

URIBE, Diego. Las Constituciones de Colombia. Tomo 1. 1ª ed. Madrid. Cultura Hispánica, 1977.

URRUTIA y CUESTA. Sistema Penal Acusatorio, Audiencias preliminares y juicio oral. Teoría y Práctica. Editorial Ibáñez, Bogotá 2008.

VALENCIA, Hernando. "Diccionario de derechos humanos". Espasa.Madrid.2003.

WEBER, Max. "Economía y sociedad". Fondo de Cultura Económica, México 1977.

WEBGRAFIA

Universidad de Antioquia – Formación Ciudadana y Constitucional Facultad de Derecho-
Vicerretoria de Docencia -
www.docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_fundamentales.html

www.sites.google.com/site/constitucionyciudadania/extra-credit/-cuales-son-los-mecanismos-de-proteccion-1/-cuales-son-los-derechos-fundamentales

www.profesorjimenez.com.ar/cdroms], ingresando a 7jornadas de derecho procesal, exposiciones y luego Gozáni.

www.unilibrepereira.edu.co/catehortua/posgrados/archivos2], ingresando a Trabajo debido Proceso.

Hugo A. Restrepo Montoya. Derecho penal Internacional: Entre Garantismo y Eficientismo. www.pandectasperu.org/revista/no200907/hrestrepo.pdf

_____. Derecho penal Internacional: Entre Garantismo y Eficientísimo, www.revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/552/690

Luigi Ferragoli, artículo: “Garantismo y Derecho Penal”, *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 31, Sección Previa, 2001.

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf; ISSN 1405-0935] consultando 01-05-200