

¿CÓMO LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PARA  
PROPONER Y RESOLVER NULIDADES SUSTANCIALES EN EL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL –LEY 906 DE 2004- AFECTA LOS DERECHOS Y  
GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL  
MISMO?

EDGAR VALENCIA CARDONA  
LEONARDO CUADRADO ARÉVALO

UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE DE POSTGRADOS DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
BOGOTÁ D.C. JUNIO  
2011

¿CÓMO LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PARA  
PROPONER Y RESOLVER NULIDADES SUSTANCIALES EN EL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL –LEY 906 DE 2004- AFECTA LOS DERECHOS Y  
GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL  
MISMO?

EDGAR VALENCIA CARDONA  
LEONARDO CUADRADO ARÉVALO

Director de trabajo  
*Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ*

UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE DE POSTGRADOS DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
BOGOTÁ D.C. JUNIO  
2011

## **PRESENTACIÓN**

La monografía ¿CÓMO LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PARA PROPONER Y RESOLVER NULIDADES SUSTANCIALES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL –LEY 906 DE 2004- AFECTA LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL MISMO? es presentada para optar el título de Magíster en Derecho Penal y Criminología por los abogados EDGAR VALENCIA CARDONA y LEONARDO CUADRADO ARÉVALO.

## **CUADRO DIRECTIVO UNIVERSIDAD LIBRE**

FUNDADOR  
GRAL. BENJAMÍN HERRERA

PRESIDENTE NACIONAL  
LUIS FRANCISCO SIERRA REYES

RECTOR NACIONAL  
NICOLÁS ENRIQUE ZULETA HINGAPIÉ

CENSOR NACIONAL  
EDGAR ERNESTO SANDOVAL ROMERO

SECRETARIO GENERAL  
PABLO EMILIO CRUZ SAMBONI

PRESIDENTE SECCIONAL  
EURÍPIDES DE JESÚS CUEVAS CUEVAS

RECTOR SECCIONAL  
FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ

DECANO  
JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA

SECRETARIO ACADÉMICO  
ÁLVARO ALJURE MORENO

DIRECTOR DE CENTRO DE INVESTIGACIONES  
RAFAEL ANTONIO BALLEEN MOLINA

DIRECTOR TRABAJO DE INVESTIGACIÓN  
Dr. ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

## NOTA DE ACEPTACIÓN

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

---

Jurado

NOTAS

---

---

---

---

---

---

---

---

---

Bogotá, D.C. junio 07 de 2011

## ***DEDICATORIA***

Dedico este proyecto y su culminación, a mí Dios, a mi esposa Lucy del Rosario, a mis hermosas hijas Yaridí Angélica y Lauren Nataly; quienes estuvieron a mí lado sin condicionamientos, me apoyaron, comprendieron y me dieron las fuerzas necesarias para continuar luchando día tras día y seguir adelante rompiendo todas las barreras que se me presentaron.

Es oportuno agradecer y rendir un sincero homenaje a las personas que me dieron la vida, son ellos mi madre María Melba, mí padre José Arnulfo, que desafortunadamente no pudo estar presente en mis triunfos.

Un reconocimiento especial a mí cuñado Bolívar Enrique Ramírez, mi amigo, que hoy no está con nosotros.

Finalmente, gracias a todas las personas que de una y otra forma me colaboraron, los cuales considero mi familia, mil gracias por su apoyo desinteresado.

**Edgar Valencia Cardona**

## **AGRADECIMIENTOS**

*Que sea la oportunidad para exhortar de manera muy loable, los buenos oficios que en todo momento nos brindó el Dr. Alfonso Daza González, quien tuvo a bien dirigir la investigación que hoy día presentamos ante este Claustro Universitario, más con el ánimo de que sea un elemento base para futuras iniciativas, lo cual perneará los conocimientos adquiridos a las generaciones venideras, y desde luego a la Facultad de Derecho de la Universidad, quien en cabeza de su Decano El Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora, nos han brindado la oportunidad de extender los conocimientos en la Maestría en Derecho Penal y Criminología, terminado con la presente investigación.*

*Agradecimiento especial a los Drs. José Eduardo Saavedra y Fabio David Bernal, quienes nos orientaron y sirvieron de apoyo en la sustentación del presente trabajo, ya que sin su colaboración y comprensión no habría sido posible lograr el objetivo propuesto. A todo el cuerpo de Docentes, nuestro extendido sentido de retribución y colaboración.*

*Bogotá, junio de 2011.*

Bogotá D.C., octubre 15 de 2010

Doctor

**LUIS GONZALO LOZANO PACHECO**

Director (e) Maestría en Derecho Penal

Instituto de Posgrados

Universidad Libre

Ref: Concepto metodológico y de contenido de la investigación denominada "*¿COMO LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PARA PROPONER Y RESOLVER LAS NULIDADES PROCESALES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL -LEY 906 DE 2004- PUEDE AFECTAR LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL MISMO?*". Adelantada por: EDGAR VALENCIA CARDONA y LEONARDO CUADRADO ARÉVALO.

Cordial saludo,

En términos generales la investigación cumple con los requisitos metodológicos y de contenido exigidos para pasar al siguiente escenario como es, la sustentación ante jurados.

Será ante ellos entonces, donde los maestrandos expondrán la justificación, trascendencia e importancia de la investigación, el problema, las hipótesis y su tesis, así como el aporte al conocimiento.

Por lo anterior, puede disponer lo pertinente para que se designen jurados evaluadores y se señale fecha de sustentación.

Agradezco la atención.



**ALFONSO DAZA GONZALEZ**

Docente investigador Instituto de Posgrados

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	12
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. PROBLEMA	14
1.1 SELECCIÓN DEL TEMA	14
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2.1 Enunciado	14
1.2.2 Descripción	14
1.3 ANÁLISIS DEL PROBLEMA	17
1.4 JUSTIFICACIÓN	18
1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	27
1.5.1 Objetivo General	27
1.5.2 Objetivos Específicos	27
1.6 DELIMITACIÓN	28
1.6.1 Conceptual	28
1.6.2 Temporal	28
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. MARCO TEÓRICO	29
2.1 MARCO HISTÓRICO	29
2.1.1 Antecedentes Históricos	29
i Nulidades	29
ii Derechos fundamentales	30
iii Derecho Procesal Penal	32
iv Debido proceso	36
v Sistema Penal Oral Acusatorio -Ley 906 de 2004-	39

2.2	MARCO CONCEPTUAL	48
2.2.1	ACTOS PROCESALES	48
	i Los actos procesales y sus requisitos	52
	ii Elementos del acto procesal	53
	iii Ineficacia del acto procesal	57
	iv Irregularidad sustancial	60
2.2.2	NULIDAD	60
	i Características principales de las nulidades	61
	ii Nulidad como sanción	62
	iii Saneamiento	62
	iv Regla de exclusión de las pruebas (art 23 CPP)	65
	v Nulidad derivada de la prueba ilícita (art 455 CPP)	66
	vi Nulidad por incompetencia del juez (art 456 CPP)	68
	vii Nulidad por violación de garantía fundamentales	68
	viii Nulidad en la medida de aseguramiento	70
2.2.3	TEORÍA GENERAL DE LAS NULIDADES PROCESALES	73
	i Concepto jurisprudenciales	73
	ii Concepto doctrinario	76
2.2.4	Sentencias en materia de Nulidad Sustancial	79
2.2.5	La Omisión Legislativa	80

### **CAPITULO III**

#### **LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE NULIDADES**

3.1	Corte Suprema de Justicia	82
3.2	Corte Constitucional	98

### **CAPITULO IV**

4	DERECHO COMPARADO REGIMEN DE NULIDADES	101
4.1	Legislación Argentina	101
4.2	Legislación Española	107

## **CAPÍTULO V**

5	DISEÑO METODOLÓGICO	110
5.1	METODOLOGÍA PROPUESTA	110
5.2	ARGUMENTO PRÁCTICO	111
	i Caso 740006000173-2009-00650	111
	ii Caso 630016000033-2008-01512	113
	iii Caso 630016000083-2008-00094	114
	iv Caso –Ex Alcalde de Armenia	114
	Análisis	115
5.3	PLAN DE INVESTIGACIÓN	116
5.4	PLAN OPERATIVO	117
5.4.1	FASES DEL PROYECTO Y CRONOGRAMA	117
5.4.2	PRESUPUESTO	118

## **CAPÍTULO VI**

6	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	119
6.1	CONCLUSIONES	119
6.2	RECOMENDACIONES	124

## **BIBLIOGRAFÍA**

		125
	Corte Constitucional	127
	Tutelas Corte Constitucional	128
	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil	128
	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal	129

## INTRODUCCIÓN

La implantación del sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, que desarrolló la reforma constitucional contenida en el acto legislativo 03 de 2002, tuvo una implementación gradual y sucesiva a partir del primero de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, que se ha extendido luego a los restantes distritos judiciales del país.

Con esta monografía, pretendemos analizar si la omisión legislativa observada en dicha Ley en lo que tiene que ver con las causales nulidad, la oportunidad para proponerlas, la forma de resolverlas por parte del funcionario de conocimiento, los principios que orientan la declaratoria y su convalidación, y especialmente la falta de concreción acerca de las nulidades sustanciales, constituyen una falencia que puede conducir a que en la interpretación y aplicación judicial se presenten violaciones a los derechos y garantías fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal.

Para lograr el objetivo se tendrá en cuenta que el marco poblacional es limitado, por lo que aplicaremos como técnicas de investigación el estudio de la jurisprudencia emitida desde el primero de enero de 2005 hasta el 30 de agosto de 2011. Dentro de la observación se estudiará el marco legal y reglamentario de las nulidades procesales, tanto en el Sistema Penal Oral Acusatorio, como en los anteriores Códigos de Procedimiento Penal, de la misma forma que los estudios que otras personas hayan elaborado sobre el tema.

Dentro de las limitaciones se encuentra que es poco el material de consulta bibliográfica acerca del tema, referidos específicamente al Sistema Penal Oral Acusatorio.

Como se podrá observar dentro del trabajo de investigación, el tema de las nulidades sustanciales en el sistema procesal penal colombiano tenía una amplia

regulación en las normatividades antecesoras; es así como en la Ley 57 de 1.887 y sistema procesal posterior, se definían los temas de causales de nulidades, se argumentaba su procedimiento taxativamente, al igual que regulaba la reposición del proceso y los requisitos para que el superior revisara la misma; la oportunidad para proponerlas; la forma de solicitarlas; los principios que orientaban la declaratoria y su convalidación. Caso contrario, es lo que acaece en la codificación vigente, lo cual se expondrá a continuación en nuestro trabajo de investigación.

No obstante lo anterior, en el ordenamiento Penal Procesal, consagrado en la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, existe omisión legislativa en lo referente a la forma para proponer nulidades; es decir, dentro de la normatividad no están taxativamente descritas como tal, pero específicamente no establece concretamente qué aspectos sustanciales afectan el debido proceso; por lo que se considera, que dicha falencia puede conllevar a interpretaciones que deriven en la vulneración a los derechos fundamentales de las personas (partes) que intervienen en las diferentes etapas procesales.

## CAPÍTULO I

### 1. EL PROBLEMA

#### 1.1. SELECCIÓN DEL TEMA

Nulidades en el Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004- garantías y derechos fundamentales de las personas que intervienen en el Proceso Penal.

#### 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

**1.2.1 Enunciado.** ¿Cómo la omisión legislativa en el procedimiento para proponer y resolver nulidades sustanciales en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- afecta los derechos y garantías fundamentales de las partes que intervienen en el mismo?.

**1.2.2. Descripción.** En los Códigos de Procedimiento Penal antecesores a la Ley 906 de 2004, se determinaba en forma taxativa e inequívoca las causales de nulidad, la oportunidad para proponerlas, los principios que orientaban su declaratoria y convalidación y la forma de resolverlas por parte del funcionario de conocimiento. Como ejemplo, y para tener una visión clara de lo afirmado, se puede comprobar que en el sistema procedimental penal mixto de la Ley 600 de 2000 artículo 308 da la oportunidad para invocar nulidades en cualquier estado de la actuación procesal; caso contrario se observa que en la Ley 906 de 2004 (Titulo VI, artículos 455 al 458 de la Ineficacia de los actos procesales) en los cuatro

artículos (455 al 458) no indica el momento procesal para interponerlas o decidir sobre su procedencia, solo en el libro III del Juicio, Título I, Capítulo II de la Audiencia de formulación de acusación artículo 339 indica que una vez abierta por el Juez la audiencia de formulación de acusación, ordenará, entre otras actuaciones, conceder la palabra para que expresen oralmente las causales de nulidades, pero ésta norma se quedó corta, es así como la Corte Constitucional mediante sentencia C-209 de 2007<sup>1</sup> del 21 de marzo, declara la exequibilidad condicionada porque la víctima no estaba siendo tenida en cuenta para actuar dentro de la audiencia de formulación de acusación.

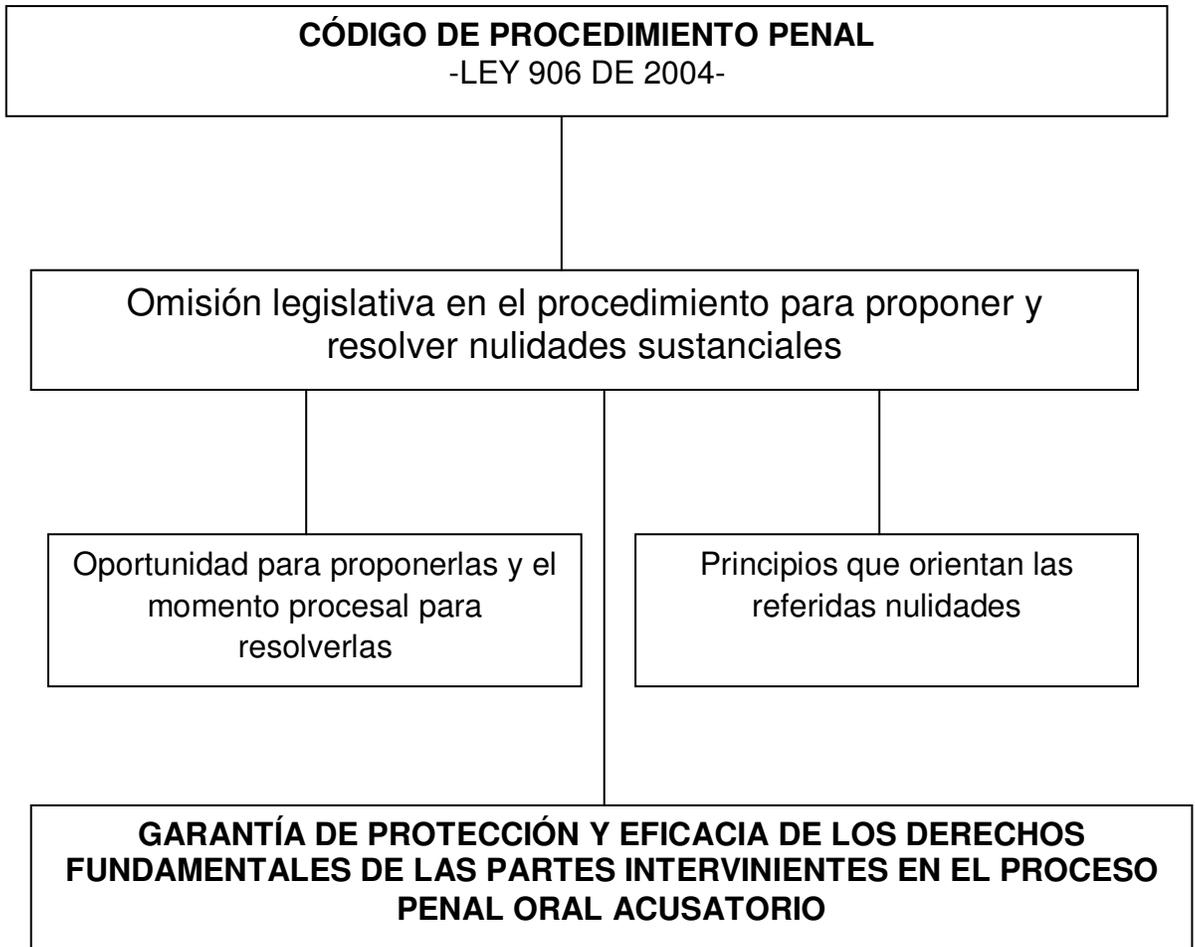
Igualmente, se puede predicar que existe omisión legislativa en lo referente a los efectos y criterios amplios y suficientes sobre las garantías del procesado, al señalar únicamente las siguientes: artículo 455 predica que para efectos del artículo 23 el cual hace referencia a la cláusula de exclusión señalando que en toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho; el artículo 456 de la nulidad por incompetencia del Juez; en el artículo 457 nulidad por violación de garantías fundamentales en donde únicamente habla de la causal de nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en los aspectos sustanciales y finalmente en el artículo 458 del principio de taxatividad limitando a que no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título; pero no regula la oportunidad para proponerlas; ni la forma en que puede solicitarse; tampoco la posibilidad de la declaratoria de oficio; por lo que ésta imprevisión, deja a la libre interpretación de cada operador judicial temas de gran relevancia dentro de los que se destacan, los taxativamente descritos en el sistema mixto de la Ley 600 de 2000 como es el artículo 306 donde se regula (numeral 2) que cuando se compruebe la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso se constituiría en

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-209-07 de 21 de marzo de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda, "en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades".

causal de nulidad; o como en el artículo 307 donde permite al operador judicial al momento de conocer que exista alguna, decretar la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenar que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto, lo que indica que es una declaración de oficio la cual no se encuentra taxativamente regulado en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- posición que fue advertida por las Cortes y es por eso, que se dan a la tarea de pronunciarse a través de la jurisprudencia que más adelante se detallará en forma juiciosa; Como quiera que, lo que se busca es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas y partes intervinientes en las diferentes etapas del referido proceso penal.

### 1.3. ANÁLISIS DEL PROBLEMA



El análisis particular del problema, permite colegir el grado de protección de las garantías fundamentales de las personas dentro del proceso, siendo estos derechos fundamentales considerados de primera generación, bases primordiales de la actuación procesal, que al ser ungidos de tal relevancia en el desarrollo del mismo, se constituyen en un parámetro concreto para medir el estado de las garantías otorgadas por el Estado. Los derechos fundamentales de primera generación, que incluyen y vinculan otros, están cobijados por el correcto tratamiento que de ellos se den en los procesos penales.

#### **1. 4. JUSTIFICACIÓN**

Con la presente investigación se pretende dar a conocer que en el ordenamiento penal procedimental oral acusatorio, incorporado al régimen constitucional mediante Acto Legislativo 03 de 2002, el cual da origen a la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, existe omisión legislativa en lo referente a la forma para proponer nulidades y específicamente en la determinación de qué aspectos sustanciales son los que afectan el debido proceso.

Como ejemplo, se puede mencionar el caso de un documento incorporado al proceso, (externo al mismo) el cual tiene que ver con la parte procedimental de la actuación de la Ley 906 de 2004, pero es esencial para determinar el sentido del fallo. Tal es el caso que se adelanta contra el ex alcalde de la ciudad de Armenia, señor David Barros Vélez, donde el ente acusador solicitó en la audiencia preparatoria se tuviera como prueba carta rogatoria enviada por el Gobierno de los Estados Unidos con el fin de probar la existencia de una conducta punible de enriquecimiento ilícito. La mencionada carta, se había obtenido por virtud de convenio bilateral de cooperación judicial recíproca existente entre los dos Estados, pero no fue traducido del Inglés al Español, por lo que la defensa solicitó la exclusión de tal medio probatorio, solicitud que fue concedida por el juez de conocimiento e impugnada por parte del ente acusador. Desatado el recurso, la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal del Distrito Superior de Armenia, ordenó la traducción del documento, amparado en lo prescrito en el artículo 428 de la Ley 906 de 2004, aún a pesar de la oposición de la defensa que consideró que se estaba decretando una prueba de oficio por parte del juez colegiado, toda vez que la orden de traducción debe provenir única y exclusivamente de un juez con funciones de control de garantías.

Con lo anterior, se pretende explicar que, ordenada de oficio una prueba por parte del Honorable Tribunal del Distrito Superior de Armenia, Sala Penal, se constituiría

una nulidad que retrotraería el proceso al momento mismo de la audiencia preparatoria.

Igualmente es oportuno agregar que en cuanto a la facultad potestativa oficiosa del Juez en el procedimiento penal, la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> en Sentencia de Casación fue enfática en afirmar que:

.....Frente a lo planteado por la recurrente, es necesario precisar que uno es el rol del juez en un sistema inquisitivo y otro muy distinto en el sistema adversarial propio de un proceso de corte acusatorio, con las particularidades que posee el nuestro. En el sistema inquisitivo, el juez tiene la obligación de descubrir la verdad mediante la directa intervención en la producción de la prueba; por esta razón se encuentra investido de amplias facultades para una actividad probatoria oficiosa, frente a la cual el impulso probatorio de las partes resulta marginal.

Por el contrario, en un sistema de corte acusatorio, el carácter adversarial hace que la obtención de la verdad se materialice en un contexto dialéctico, en el cual las dos partes enfrentadas ofrecen a un tercero imparcial e "imparcial", las pruebas que sustentan su teoría, y ese tercero llega a una conclusión, absolutoria o condenatoria. Por este mismo carácter dialéctico de la búsqueda de la verdad, el juez como tercero que ha de elaborar la síntesis que se recoge en la sentencia, debe observar distancia y ecuanimidad con relación a cada una de las partes enfrentadas. Son las partes las que deben desarrollar una actividad probatoria encaminada a la reconstrucción de los hechos en el juicio. Por ello el juez en el sistema acusatorio colombiano ha de tener especial cuidado en no rebasar sus facultades al grado de ejercer una actividad

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Bogotá, D.C.: Ref Exp. Sentencia Casación No.32868 de Marzo 10 de 2010.

inquisitiva encubierta. La imparcialidad del juez, como aspecto basilar que recoge la Ley 906 de 2004, es elemento esencial del debido proceso, garantía para salvaguardar el Estado de Derecho y soporte de la legitimación y credibilidad social de la sentencia. Los juicios en los cuales el juez asume los intereses de una parte como propios, se encuentran viciados de nulidad y la sentencia que en dicho juicio se produce viola los derechos fundamentales de las partes a un juez independiente e imparcial (Auto 28648 del 08-11-07). (subrayado fuera del texto)

(...)

La Corte se pronunció sobre la necesidad de un juez imparcial, que no asuma la actividad probatoria como propia y de esa manera desquicie el esquema del proceso acusatorio. Para el efecto, se funda en el pronunciamiento que hiciese a su vez la Corte Constitucional: Acerca del principio de imparcialidad y del papel que desempeña el juez dentro del proceso acusatorio, la jurisprudencia constitucional ha dicho lo siguiente:

“La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad, constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado Social de Derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al Derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P. artículos 209 y 230), ya que solamente aquél que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado Social de Derecho.

“En otras palabras, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea lo suficientemente neutral y objetiva, precisamente, con el propósito de salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados. “A partir de las citadas consideraciones, la doctrina procesal ha concluido que la imparcialidad requiere de la presencia de dos elementos. Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo, alude al estado mental del juez, es decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadversión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquél y el asunto objeto de controversia - de forma tal - que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis. “En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática<sup>3</sup>”.

En virtud de ello, la facultad probatoria oficiosa del juez está claramente prohibida por el legislador en el artículo 361 de la ley 906 de 2004, que señala: “Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

Entonces lo anterior, nos dice que la regla es, que el juez (de control de garantías y de conocimiento) debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de las diferentes etapas del proceso y prestar atención a las particularidades,

---

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C.: Sentencia C-095 de 2003.

interviniendo sólo para controlar la legalidad, lealtad, claridad y precisión de las actuaciones que se desarrollen en el transcurso de las etapas procesales de acuerdo a su competencia, en consonancia con nuestra posición la misma sentencia la corte aduce:

“4. Frente a sus facultades en la dirección del interrogatorio las normas son claras, al juez solo compete una facultad excepcional de intervenir para conseguir que el testigo responda claramente, o le faculta realizar preguntas complementarias para una mejor comprensión del caso. Nunca le es permitido un interrogatorio directo, en aras de escrutar asuntos ajenos al de la parte que pidió el testimonio.

En este sentido la Corte señaló: “En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

“La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio

de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema,...” (Sentencia de febrero 4 de 2009 Radicado 29.415)

Queda claro, pues, que en la sistemática acusatoria el principio de imparcialidad del juez asoma fundante, como ya amplia y reiteradamente lo han especificado esta Sala y la Corte Constitucional. Por ello, la normatividad le impide, de un lado, practicar pruebas de oficio, y del otro, sólo interrogar a los testigos presentados por las partes, para, conforme lo estipula el artículo 397 de la Ley 906 de 2004 “conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa...” o “...hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”.

(...)

Cabe aclarar, eso sí, que las preguntas complementarias son precisamente eso, para que no se constituyan, por vía indirecta, en alguna especie de prueba de oficio.

De ésta forma a continuación se hace un recuento de las causales de nulidad, el procedimiento para proponerlas y la forma cómo deben ser resueltas por el competente, las cuales se encontraban en los Códigos de Procedimiento Penal antecesores a la Ley que reglamenta el Sistema Penal Oral Acusatorio -Ley 906 de 2004 de la siguiente manera:

En la *Ley 57 de 1.887*, se definían los temas de causales de nulidades y su procedimiento explícitamente al igual que regulaba la reposición del proceso y los requisitos para que el superior revisara la actuación, en su artículo 264 enumeraba ampliamente la manera de configurarse, los artículos 265 y 266 establecían otras causales de nulidad en los procesos que intervenían jurados; en el artículo 267 se regulaba la reposición del proceso y en el artículo 268 se enumeraban los requisitos para que el superior revisara la actuación.

En la *Ley 94 de 1938*, artículo 198 establecía las causales de nulidad, el artículo 199 regulaba los juicios en los cuales intervenía jurado de conciencia; el artículo 200 ordenaba la declaratoria de oficio ante una causal de nulidad advertida por el juez; el artículo 201 la oportunidad para la proposición y el artículo 202 establecía la ausencia de formalidades como causal de nulidad.

En el *Decreto con fuerza de Ley 50 de 1987*, artículo 305 establecía las causales de nulidad; el artículo 307 la declaratoria de oficio; el artículo 308 regulaba la solicitud de nulidad; el artículo 309 la nulidad de providencias y el artículo 310 establecía el incumplimiento de formalidades como causal de nulidad.

El *Decreto Ley 2700 de 1991*, que creó la Justicia de Orden Público o también llamados "*Jueces sin rostro*", reguló en su artículo 304 las causales de nulidad; en el artículo 305 la declaratoria de oficio; en el artículo 306 la oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción; el artículo 307 la solicitud de nulidad y el 308 los principios que orientan la declaratoria y su convalidación.

En el sistema mixto de la *Ley 600 de 2000* se establecen las causales de nulidad; la oportunidad para proponerlas; la forma de solicitarlas; los principios que orientan la declaratoria y su convalidación, es así como, en su Título VII, que trata de la ineficacia de los actos procesales, capítulo único, inexistencia de las diligencias, artículo 305 previó la inexistencia de diligencia judicial donde el procesado asistiera sin defensor; en el artículo 306 reguló en forma taxativa dentro de los numerales 1 al 3 las causales de nulidad; en el artículo 307 permite al operador judicial declararlas de oficio cuando advierta que exista alguna de las previstas en el artículo anterior; en el artículo 308 da la oportunidad para invocarlas en cualquier estado de la actuación; en el 309 la forma de solicitarlas, que consiste que cuando el sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en la

casación y finalmente en el 310 dentro de sus 6 numerales que trata de los principios que orientan la declaratoria y su convalidación, nos indica en el sexto (6º) numeral que no podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.

En la Ley 906 de 2004, régimen procedimental penal vigente desde el 1º de enero de 2005 en los Distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, posteriormente en forma gradual se iría implementando en los demás, logrando que para el 1º de enero de 2008, estuviera vigente en todo el territorio nacional. Esta normatividad de tendencia oral acusatoria, que no tiene antecedente cercano en la historia de nuestra legislación colombiana, es un modelo integralmente contrario a las actuaciones y diligencias de la Ley 600 de 2000 que obliga a tener soporte escrito, donde para cada actuación, ya sea en audiencia o por fuera de ésta, se debía incorporar en sendos expedientes con igual número de folios.

Al realizar un análisis detenido del libro III que indica el procedimiento del Juicio Oral, en su Título VI de la ineficacia de los actos procesales (artículos 455 al 458) nos entrega en forma generalizada en 4 apartes así:

En su artículo 455 establece la nulidad derivada de la prueba ilícita y nos dice que para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Frente al tema, la Corte Constitucional debe pronunciarse a través de sentencia de exequibilidad C-591 de 2005<sup>4</sup>, bajo la condición que cuando la presentación en el

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591/05. Ref: Exp. No.D-5415. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 (parciales ) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Actor: Stella Blanca Ortega Rodríguez. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., 09 de junio de 2005.

juicio de una prueba ilícita, omitiéndose las reglas de la exclusión, genera la nulidad del proceso, y entrega los lineamientos estrictos de cuando esa prueba fuere obtenida mediante actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y durante todo el proceso no operaron los controles para ser excluida, se debe declarar nula. En el artículo 456, que trata de la nulidad por incompetencia del Juez, expresa que cuando la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados, se podrá solicitar la nulidad. Ya en el artículo 457 se intenta de manera muy generalizada brindar garantías a las partes, nos refiere que se puede pretender solicitar nulidad por violación de garantías fundamentales, indicando que es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, además que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento y por último. El artículo 458, restringiendo otras posibilidades, ordena que el principio de taxatividad se basa en que NO podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en ese título.

## **1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

**1.5.1. Objetivo General.** Analizar las formas, a través de las cuales la omisión legislativa y la ausencia de regulación taxativa en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- en lo que hace referencia al procedimiento para proponer y resolver las nulidades sustanciales, afectan o no los derechos y garantías fundamentales de las personas intervinientes.

### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- Identificar cual es la omisión legislativa en el Código de Procedimiento Penal al momento de proponer nulidades, que afectan los derechos y garantías fundamentales de las partes que intervinieren dentro del proceso penal.
- Determinar cuáles derechos y garantías fundamentales se afectan con la omisión legislativa en el Código de Procedimiento Penal al momento de proponer nulidades.
- Explicitar los derechos y las garantías fundamentales que se afectan con la omisión legislativa en el Código de Procedimiento Penal al momento de proponer nulidades.
- Acceder al Derecho Comparado.

## **1.6. DELIMITACIÓN**

**1.6.1. Conceptual.** Este trabajo de investigación está delimitado por las siguientes variables:

- Oportunidad para proponer nulidades sustanciales y el momento procesal para resolverlas.
- Principios que orientan las nulidades.

**1.6.2. Temporal.** Esta investigación es transversal, porque se aplicará una sola vez, es decir, en el periodo en que lleva vigente la Ley 906 de 2004 a la fecha.

## CAPÍTULO II

### 2. MARCO TEÓRICO

#### 2.1 MARCO HISTÓRICO

##### 2.1.1. Antecedentes históricos

**i) Nulidades.** A través de la historia, el tema de nulidades abarca cuatro sistemas: el romano, el alemán, el francés y el italiano, que a la postre van a ser los pilares de las diferentes teorías que se van a proponer dentro de los procedimientos penales de América y Europa a partir del siglo XVI.

Se puede afirmar que en el derecho romano, la nulidad era una “sanción que se imponía a cualquier norma procesal, nulo es lo que carece totalmente de efecto y se origina en cualquier contravención a las formas. El acto nulo lo era de pleno derecho. No era necesario obtener la declaración de nulidad”.<sup>5</sup>

En el sistema alemán, “consistía en dejar a la apreciación del juez las consecuencias que entrañen los vicios de las formas de 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”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> FIERRO-MÉNDEZ, HELIODORO. Exclusión de los actos y pruebas en el juicio oral: Ed Doctrina y Ley, Bogotá: 2005 p.1.

<sup>6</sup> FIERRO-MÉNDEZ, Ob. Cit. p.1

Los franceses, “en el medioevo de la Europa continental se abrió paso una concepción que distingue entre la existencia viciada que puede convalidarse, allanarse, subsanarse, y a la que puede reducirse a la nada, es decir, invalidarse, pero sin que se delimite un criterio objetivo que demarque el lindero de tal diferencia. Se empieza así 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”<sup>7</sup>.

Y por último, los italianos por su parte, “ostentan un carácter finalista en las formas procesales. Sí el acto procesal, no obstante tener algún vicio, cumple su finalidad, que es producir efectos jurídicos, entonces no podrá ser declarado nulo”.<sup>8</sup>

**ii) Derechos Fundamentales.** En el largo discurrir histórico del hombre, los derechos y garantías fundamentales han sido objeto de extensos análisis y de incansables luchas tanto intelectuales como físicas, a fin de lograr, al menos plasmar su plena consecución.

En su momento el tratadista Ferrajoli definía:

“Hay un sentido en el que los derechos fundamentales no son universales: no son reconocidos, ni reivindicados, ni en todos los tiempos, ni en todos los lugares. Al contrario son el fruto de opciones y de las expresiones de necesidades históricamente determinadas y sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> FIERRO-MÉNDEZ, Ob. Cit. p.2

<sup>8</sup> FIERRO-MÉNDEZ, Ob. Cit. p.2

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Ed.Trotta, 1995, p.945.

Teniendo en cuenta igualmente lo pronunciado por la Corte Constitucional, que sentó jurisprudencia en la conceptualización de los derechos fundamentales, argumentándolo en los siguientes términos:

“DERECHOS FUNDAMENTALES- Consagración. El concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el Constituyente para poder gozar de él”.<sup>10</sup>

En Colombia y dado que la Constitución Política de 1991 ya con veinte años de vigencia, bien puede tomarse dentro de un marco histórico donde los derechos a que hace referencia el tema, han ido enriqueciéndose imprescindiblemente a través de la jurisprudencia de la mencionada corte.

Normativamente hablando, la discusión radica en la armonización del artículo 4 que establece que la Constitución Política de Colombia es norma de normas, con el mandato de los artículos 93 y 94, que le confieren prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos, tanto de los convenios de derechos humanos, como aquellos que se ajustan al *ius cogens*.

En cuanto al ejercicio y protección de los derechos y garantías fundamentales, se debe a que es un aspecto tan sensible para el ser humano, que dependiendo de las circunstancias históricas dentro de las cuales ha sido discutido; su definición también ha tenido esa influencia por varias acepciones, y de la misma manera sigue siendo interpretada en diferentes sentidos. Sin embargo, el de los derechos

---

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240/93, Ref: Exp. No.T-9665. M.P.: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. La Sala Tercera de revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

y garantías desde siempre han constituido el preámbulo a la protección de las demás que en cada momento se ha pretendido proteger.

En 1689, en la Carta de derechos o Declaración de Derechos (*en inglés Bill of Rights*) con ocasión de la revolución iniciada en 1688 en Inglaterra, se consagró de manera expresa el carácter fundamental de tales derechos dentro de la sociedad; solo cien años más tarde se promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como manifestación de la Revolución Francesa acaecida entre los años 1789 y 1799.<sup>11</sup>

**iii) Derecho Procesal Penal.** Tiene por objeto de estudio el proceso, bien sea abordado desde la visión de la normatividad positiva o de otra índole, que le es propia, o bien desde el punto de vista de su naturaleza relacional. Este derecho tradicionalmente ha sido concebido, como un estudio del proceso y se confirma con la observación de una parte importante de las definiciones como:

La de La Couture, quien propone que el derecho procesal:

“... es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia de las relaciones jurídicas denominadas proceso civil”.<sup>12</sup>

Según los postulados de Davis Echandía, sustenta su punto de vista al respecto del derecho procesal penal en los siguientes términos:

“La teoría general del proceso estudia las diversas instituciones del proceso, las nociones y los principios fundamentales de la justicia

---

11 NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE, Tomo 9º: Barcelona, Ed. Planeta, 1981, p. 8504 ss.

12 LA COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1981, p.3.

judicial que debe alejarse en cada tipo de proceso, con las peculiaridades que puedan existir en ellos.”<sup>13</sup>

Y coincidiendo con lo anterior, Liebman señala que:

Las normas que componen el ordenamiento jurídico se distinguen en normas primarias (sustanciales o materiales), que regulan directamente las relaciones que se establecen entre los hombres en su vida de relación; y normas secundarias o de segundo grado (denominadas también instrumentales o formales) que tienen por objeto la vida y el desenvolvimiento del mismo ordenamiento, del cual regulan la formación y el desarrollo. Estas últimas son, por eso, normas que tienen por objeto otras normas: derecho sobre el derecho: entre las normas de la segunda categoría distinguimos todavía las relativas a la producción jurídica, que regulan los procesos de creación, modificación o extinción de las normas jurídicas y las relativas a la actuación jurídica, las cuales regulan los modos de actuación en concreto del contenido de las normas jurídicas.<sup>14</sup>

En aras de enriquecer la conceptualización sobre el Derecho Procesal Penal, en el ámbito interno vale la pena tener en cuenta lo preceptuado por el autor argentino Jorge A. Olmedo, quien en los siguientes términos define:

El orden jurídico se realiza indirectamente por medio de los jueces y en virtud del proceso. Las normas enderezadas a la actuación de los jueces y demás intervinientes necesarios o eventuales, y a la

---

13 ECHANDIA Dévis, Hernando. Principios fundamentales del derecho procesal penal: Ed ABC, Bogotá: 1981, p.1.

14 LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de derecho procesal civil (traducción Santiago Sentis Melendro): Buenos Aires: Ed. jurídicas Europa, 1980, p.26.

regulación del proceso, integran el campo del derecho que ahora nos ocupa. Lo cierto es que por ser el proceso el principal objeto de conocimiento de esta manifestación del orden jurídico, se ha concluido por denominárselo derecho procesal. Las denominaciones antiguas y algunas que ha propuesto la doctrina moderna como las de práctica forense, procedimientos, enjuiciamiento, derecho judicial, jurisdiccional o justicial o son muy empíricas o retacean en parte el ámbito científico de la disciplina”.<sup>15</sup>

Dentro de estos conceptos se sitúa el derecho procesal penal, aludiéndolo como una ciencia jurídica que se dedica al estudio de la normatividad encaminada a la regulación de las formas de actuación, con el fin de dinamizar los derechos sustanciales; o lo que bien podría llamarse, la producción y efectividad del derecho procesal en relación con el conflicto. Por lo tanto, el derecho procesal tiene un campo propio de aplicación, el cual le permite obtener una existencia independiente y autónoma, pero el carácter pleno que el derecho tiene, hace que se integre constantemente en aras de aportar y contener un cúmulo de garantías capaces de crear en los actores una forma equilibrada dentro de un marco de actuación idóneo y libre que les permite cumplir cabalmente sus actividades dentro del proceso.

Teniendo en cuenta la doctrina citada, resulta vital reconsiderar que el Derecho Procesal, en este caso penal, tiene un pensamiento generalizado, en el cual se toma como el objeto de estudio esencial al proceso, concepto que se asume como una verdad inquebrantable y lo suficientemente obvia y natural, si se tiene en cuenta la cátedra con que ésta ha sido implantada en el ambiente jurídico interno.

La institucionalidad del proceso penal no es sólo el objetivo del Derecho Penal, sino el cumplimiento de postulados constitucionales, en cuanto al juicio que se

---

15 CLARÍA OLMEDO, Jorge A, Derecho Procesal: Buenos Aires: Ed. Depalma, 1989, Tomo I, p.10.

persigue, y es por ello que la implementación de cualquier medida que, en pos de descubrir la verdad para imponer una pena, puede llegar a vulnerar los derechos y garantías fundamentales de las partes, excediendo los límites constitucionalmente definidos.

Ahora bien, al acceder al objeto del proceso penal, que se tomará referencialmente en providencia de la Corte Constitucional C-641 de 2002 más adelante, y en virtud del régimen procesal de la Ley 600 de 2000 (para la época) la víctima no debía participar de manera directa en su desarrollo, por cuanto la *litis* se trataba únicamente entre el Estado y el imputado, por ello, se le concedían escasos escenarios de participación y se encomendaba la defensa de sus intereses a la Fiscalía General de la Nación, a quien el originario artículo 250 de la Constitución Política de 1991, le atribuía:

“...tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito”,

Y “...velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”.<sup>16</sup>

El Acto Legislativo 03 del año 2002, éste adoptó la estructura antes mencionada de acusación y juzgamiento, pero al momento de entrar en vigencia la Ley 906 de 2004, se le entregaron a la Fiscalía plenas facultades en la investigación y acusación, dejando en los jueces de control de garantías las medidas restrictivas de derechos fundamentales y el control de las mismas; determinando para tal fin, unos principios y deberes de orden probatorio, ligados a la estructura constitucional de acusación y juzgamiento.

---

16 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE DE COLOMBIA 1991. Artículo 250 núm. 1 al 4.

**iv) Debido Proceso.** Desde el punto de vista constitucional, el proceso penal tiene dentro de sus lineamientos rectores el denominado debido proceso como núcleo esencial, el derecho de defensa, el cual amerita ante todo, una precisión. El debido proceso es un derecho de carácter sustancial; es además fundamental, de rango constitucional y por lo tanto de aplicación inmediata, según los postulados de la Carta Política en su artículo 85.

En la Carta Magna se regula la estructura del proceso penal teniendo en cuenta de manera básica el articulado 28 y 29, donde consagra la reserva judicial de la libertad y la forma básica de acusación y juzgamiento, cimentando las bases de un sistema garantista en los artículos 116, 250 y 251 (ibídem). Es así como el Sistema Penal Acusatorio, corresponde desde todo punto de vista al reflejo del Estado Social de Derecho, donde su contenido acusatorio ha destacado el papel que en él, juegan los derechos fundamentales de trascendencia procesal, de primera mano a saber: La reserva judicial, las libertades públicas, los actos concernientes a las partes encartadas, el rol de los jueces y que el proceso sea un juicio y no un sumario.

Es importante y de manera relevante, la concepción del debido proceso, ya que siendo un principio de trascendencia y de pertinencia con relevancia constitucional; donde la Corte ha conceptualizado y definido que la violación del debido proceso debe ser resultado de una trasgresión directa de la Constitución Política pues, tal como lo estableció en Sentencia T-461 de 2003, que en uno de sus apartes refiere:

“...es difícil establecer todo el contenido del debido proceso sólo con los preceptos constitucionales, por virtud de lo cual se necesita un desarrollo legal con el fin de que dentro del proceso se hagan efectivos todos los derechos constitucionales a través del respeto a

los procedimientos en aspectos sustanciales y no se trate de un proceso arbitrario o irregular con visos de legalidad”.<sup>17</sup>

El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 se regula como una cláusula abierta. Por ello, hablar de debido proceso sin mencionar los principios que lo rigen o el procedimiento preestablecido, es tanto, como invocar el derecho sin probar su fundamento de hecho.

Haciendo eco a los preceptos constitucionales que tiene el derecho procesal penal, bien acertados han sido los comentarios esbozados por el tratadista Yesid Ramírez al respecto y en los siguientes términos:

“La Constitución impone las reglas de juego mínimas que hacen posible la determinación de la responsabilidad penal. En este sentido, la Carta, con mayor o menor detalle, establece los contenidos esenciales del derecho a un juicio con todas las garantías. Ya sea a partir de las normas constitucionales escritas en la Constitución o de las normas constitucionales no escritas en ella –bloque de constitucionalidad–, lo cierto es que esas reglas de juego están predeterminadas y ya no sólo como simples formalidades legales vacías de contenido, sino como verdaderos derechos fundamentales”.<sup>18</sup>

La Corte Constitucional, al definir el debido proceso dentro de un Estado Social de Derecho, ha establecido que:

---

17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-461 de 2003. Ref: Exp. No.T-696038, Acción de Tutela instaurada por Francisco José Jattin Safar contra el Consejo de Estado. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C: 5 de junio de 2003.

18 RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Corte Suprema de Justicia y Garantías Fundamentales. El proceso penal, Escenario privilegiado de influencia en la Constitución: Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 2008, p. 55.

“...se trata de una serie de garantías fundamentales tendientes a evitar los abusos de los operadores judiciales y muy por el contrario garantizar la efectivización de los derechos y garantías fundamentales a fin de asegurar la tranquilidad y la convivencia social pacíficas”.<sup>19</sup>

Por lo anterior y de acuerdo a los postulados tanto constitucionales, como los definidos en la ley 906 de 2004, el debido proceso como garantía de referencia; es el conocimiento previo de las reglas preestablecidas, las cuales garantizan a las personas que la actividad judicial, siempre estará sujeta a las formas propias de cada juicio, por lo cual, los resultados nunca serán los del arbitrio del juez o de su capricho, sino por el contrario, los postulados ecuanimes y legales de los encartados.

La Corte también ha dicho que ese quebrantamiento debe tener relevancia constitucional, es decir, el irrespeto por el procedimiento debe ser de tal entidad que ataque el núcleo esencial del debido proceso, por desconocer abiertamente el principio de trascendencia y para ello es necesario, identificar la regla procesal que se indica como vulnerada en el caso concreto.

Tratándose del proceso penal, la protección al principio es absoluta, ya que por ser un derecho eminentemente sancionatorio, debe preservarse la confianza en el procedimiento y el conocimiento que de él tienen las personas al momento de ser juzgadas. Por ello en materia penal, nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. Cuando el legislador implemente una nueva ley procesal penal, sus disposiciones se aplicarán exclusivamente para la

---

19 CORTE CONSTITUCIONAL Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 187 (parcial) de la Ley 600 de 2000. Actor Jorge Afanador Sánchez. M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-641/02. Bogotá D.C, Ref: Exp. No.D-3865 de 13 de agosto de 2002.

investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

**v) Sistema Penal Oral Acusatorio Ley 906 de 2004.** El Derecho, como objeto de desarrollo cognitivo, académico y como instrumento fundamental de la estructuración del orden, de legalidad e idea de justicia, tiene una responsabilidad histórica y ética de enorme magnitud en Colombia puesto que al momento de entrar en vigencia este novedoso régimen procedimental, hace curso a una obligatoriedad de estudiar y conocer a fondo los cambios y aspectos que contiene.

Es un imperativo ético, la preparación no sólo desde la academia, sino para el común de los gobernados el asumir con altura el reto histórico de transformar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en un sistema más justo al servicio de la comunidad.

El Sistema Penal Oral Acusatorio se hizo realidad en el Congreso de la República, en cumplimiento del mandato de reforma constitucional, con la promulgación de la Ley 906 de 2004 aprobado el 9 de junio del mismo año, siendo sancionado por parte del ejecutivo pocos días después. En la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional, el cual se llevó a cabo a través de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se invocaron como presupuestos insubsanables, mora en las actuaciones judiciales, congestión de los despachos judiciales, ineficiencia e impunidad entre otros. Con este procedimiento, se da un paso hacia el nuevo sistema penal, esperando contribuir, a hacer de nuestra sociedad, un conglomerado más justo, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>20</sup>, fundado en valores, justicia, orden justo, solidaridad y dignidad humana

---

20 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. “Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

y basado en principios fundamentales que le asignan entre sus fines esenciales, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, asegurar la convivencia pacífica, promover y garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución,<sup>21</sup> entre los que se encuentra los inalienables de la persona,<sup>22</sup> sobresaliendo un debido proceso público según los artículos 29<sup>23</sup> y 228<sup>24</sup> constitucionales, para proteger a las partes que intervienen en el mismo.

Se destacan los principios rectores en una clara separación de las etapas de investigación y juicio; de estricta y diferenciada atribución de funciones entre investigador y juez; *de oralidad; de publicidad; de concentración; de celeridad; de legalidad; de presunción de inocencia; de oportunidad; de favorabilidad; de gratuidad; de defensa; de igualdad; de participación* democrática entre otros.

El juzgamiento se realizará en un juicio público donde primará la oralidad, la víctima podrá acceder a conocer la verdad, a obtener el restablecimiento de sus bienes afectados, el resarcimiento de los perjuicios, la oportunidad al imputado para ejercer la defensa en igualdad de condiciones a la Fiscalía, pueden intervenir el fiscal, el representante del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) el apoderado, el sindicado y el defensor.

El sistema acusatorio comprenderá dos etapas: la de investigación y la de juicio; En la primera, la actividad del fiscal se concentra sólo en investigar acompañado

---

21 Ob. Cit. "Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

22 Ob. Cit. "Art. 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

23 Ob. Cit. "Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 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".

24 Ob. Cit. "Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

de especialistas en Policía Judicial, científicos forenses, dactiloscopistas, grafólogos y demás especialistas y profesionales de la Criminalística, quienes presentarán las evidencias ante el juez, para que juzgue y condene o absuelva al procesado. En la etapa siguiente, la actuación será fundamentalmente oral, ya que se desenvolverá a través de una serie de audiencias donde se tomaran determinaciones; La audiencia de formulación de imputación, en la que se le comunicará a la persona su calidad de imputado y se le señalará el delito o delitos que se le imputan y la participación que se le atribuye; la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento donde el juez de control de garantías resolverá sobre la solicitud del Fiscal para que se imponga medidas, tanto privativas como no privativas de la libertad; La audiencia en que se decidirá sobre la petición del Fiscal para que se decreten por el juez medidas cautelares sobre los bienes del imputado para garantizar la reparación integral; La audiencia de formulación de acusación, aquella en que el juez de conocimiento resolverá el pedimento del Fiscal, la audiencia preparatoria, la de juzgamiento, etc.

De igual forma, no significa que el trámite sea integralmente verbal; así por ejemplo, las actas de las diligencias de allanamiento y registro se extenderán por escrito; los informes de la Policía Judicial serán escritos, las versiones de los futuros testigos suministradas bajo juramento a la policía judicial en la entrevista efectuada por ésta, no sólo podrán ser recogidas en cinta magnética, o en video, sino por escrito, lo mismo que las entrevistas hechas por la defensa. El juicio será público en lo que teóricamente no hay novedad, pues anteriormente también lo era, sólo que ahora se realizará en salas de audiencias, especialmente acondicionada con equipos de audio y vídeo para realizar registros de lo ocurrido.

En el Sistema Penal Oral Acusatorio, serán interrogados y contrainterrogados los testigos, los investigadores de campo y laboratorio y peritos, sin tener que escribir previamente las preguntas, ni ser dictadas las respuestas, la publicidad no sólo adquiere una nueva dinámica, sino que hay miembros de la comunidad que

querrán asistir a ella. El juicio es contradictorio, lo que significa que los sujetos procesales tienen derecho a controvertir las practicadas o incorporadas al mismo.

Debe identificarse este sistema también, a partir de lo dispuesto en sentencias proferidas por la Corte Constitucional en las cuales se ha dejado claro que se trata de un avance positivo para evitar las prácticas inquisitivas y adelantar los procesos penales acorde con las técnicas acusatorias actuales.<sup>25</sup>

Es importante, tener en cuenta el concepto que sobre el Sistema Penal Oral Acusatorio, emitió en su momento, Bernal Cuellar en los siguientes términos:

“... El modelo acusatorio se basa en la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con visiones de la realidad, y será la confrontación entre tales visiones la que determine lo que se considera verdadero. Adquiere, por lo mismo, gran importancia el convencimiento del juez. Lo anterior tiene hondas consecuencias dentro del proceso penal. En el plano ontológico, el desplazamiento de la búsqueda de la verdad hacia la construcción de la realidad implica que se ha despojado al Estado del monopolio de la verdad. Por otra parte, significa que se distingue entre la verdad conforme al sistema jurídico y aquella verdad que puede surgir de otros sistemas de sociedad”.<sup>26</sup>

Con base en los pronunciamientos antes citados, es imperante observar que de acuerdo a los postulados constitucionales del año 1991, se han plasmado formas, o manifestaciones constitucionales del derecho penal, dado que se tiene una

---

25 CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Santafé de Bogotá, D.C, Sentencia C-093/93. Ref: Exp. No.D-061, D-087 y D-126 de febrero 27 de 1.993.

26 CUELLAR BERNAL, Jaime. El Proceso Penal: Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 2004, p. 132.

creciente regulación en la Carta, con elementos básicos del proceso penal y, de otra parte, la existencia de controles sobre la estructura, regulación y funcionamiento del sistema punitivo colombiano.

En cuanto a la manifestación del estricto control de constitucionalidad sobre las normas sustantivas y procedimentales en materia criminal, se puede señalar, por lo menos, desde el punto de vista teórico, que la omisión legislativa en el procedimiento para proponer y resolver las nulidades sustanciales en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- afecta los derechos y garantías fundamentales de las partes que intervienen en el mismo, toda vez que en la Ley procedimental penal se encuentran relacionadas a partir del Título VI, Ineficacia de los actos procesales, artículos 455, 456, 457 y 458, solo de manera limitada se hizo efectiva la protección de situaciones irregulares que pueden presentarse en el proceso (situaciones que son atacadas con solicitudes de nulidades).

Sin dejar a un lado los artículos que se relacionan a continuación, donde se evidencian otras nulidades que pueden ser solicitadas e impetradas dentro del procedimiento penal oral acusatorio (haciendo claridad que no se hallan taxativamente enunciadas las nulidades sustanciales a las que hace referencia en el trabajo investigativo) de la siguiente manera:

Título preliminar. Principios rectores y garantías procesales.

Artículo 10 C.P.P. “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.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos

pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes". *(subrayado fuera del texto original).*

#### Capitulo V. Competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo.

Artículo 50 C.P.P. "Unidad procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

#### Ruptura de la unidad procesal.

Artículo 53 C.P.P. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial.
2. Cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los acusados o de delitos.
3. Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados, decisión que anticipadamente ponga fin al proceso.
4. Cuando la terminación del proceso sea producto de la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa o del principio de oportunidad y no comprenda a todos los delitos o a todos los acusados.
5. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe.

Parágrafo. Para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el juez penal de circuito especializado es de superior jerarquía respecto del juez de circuito.

#### Título IV. Partes e intervinientes. Capítulo I. Fiscalía General de la Nación.

Artículo 114 C.P.P. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

....

14. solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.

Artículo 125. Deberes y atribuciones especiales. <artículo modificado por el artículo 47 de la ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el

siguiente:> en especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

.....

7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.

Artículo 177. Efectos. <artículo modificado por el artículo 13 de la ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> la apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

...

3. el auto que decide la nulidad.

## Audiencia de formulación de acusación. Capítulo II.

Artículo 339 C.P.P. Trámite. <artículo condicionalmente exequible> 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.

-Artículo declarado condicionalmente exequible en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de

acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades<sup>27</sup>.

Igualmente se evidencia que no se vislumbra por ningún lado, que los sujetos procesales puedan optar por solicitar la declaratoria de una nulidad diferente a las allí plasmadas, en consonancia con el principio de taxatividad del artículo 458, que reza: “No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título”. Esta falencia resulta inconveniente y violatorio de las garantía fundamentales de las personas (o partes) que intervienen en las diferentes etapas del proceso.

Se afianza ésta posición sobre el tema de nulidades intrínsecamente en el sistema procesal penal colombiano, el cual tuvo una extensiva regulación en las normatividades antecesoras; y como quiera que este procedimiento es novedoso, el legislador de la época, debió prever esta falencia y adicionar un procedimiento idóneo y eficaz para el tema que nos ocupa.

---

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209/07. M.P. Manuel José Cepeda. Santafé de Bogotá, D.C., marzo 21 de 2007.

## 2.2. MARCO CONCEPTUAL

A continuación se expone en forma detallada la definición de términos que conforman el problema a investigar, logrando con esto, que el lector pueda entender algunos vocablos desconocidos y utilizados dentro del lenguaje incorporado al trabajo investigativo.

**2.2.1. Actos Procesales.** Son una especie de los actos jurídicos, puesto que no obstante, ser declaraciones de voluntad, sus efectos están llamados a producirse dentro del mismo proceso.

Jairo Salgado Quintero, en publicación de la Procuraduría General de la Nación colección del pensamiento jurídico No.6 “Inexistencias y nulidades en materia Penal”<sup>28</sup> citando a Heliodoro Fierro Méndez, tema extraído del “Manual de derecho Procesal Penal” afirma que:

“Necesariamente, el acto procesal deviene del acto jurídico que emana de las partes(sic) de los titulares de la jurisdicción, de terceros con nexos en el proceso susceptible de crear, modificar o extinguir los efectos procesales en la relación jurídica, el elemento característico del acto procesal, es precisamente el efecto que de él dimana ubicándose dentro de la categoría de los actos jurídicos, pero pertenecientes en su especie al proceso”.

Las figuras jurídicas y los actos inherentes en términos generales, son todas aquellas declaraciones humanas conscientes y voluntarias, directamente encaminadas a producir efectos dentro del proceso, o de igual forma, en el ámbito

---

<sup>28</sup> SALGADO QUINTERO, Jairo. Colección del pensamiento jurídico No.6 Procuraduría General de la Nación. Inexistencias y nulidades en materia Penal, Ed. Imprenta nacional de Colombia, ISBN 958-8059-20-8: Bogotá: 2002.

jurídico interno; efectos que pueden haber sido establecidos, bien sea por los particulares, o por el mismo ordenamiento, dentro del cual se encuentran inmersos.

Por lo tanto, los actos procesales son aquellos en los cuales se descompone el proceso de manera particular, es decir, son aquellas manifestaciones de voluntad de los sujetos que dan forma, permiten su iniciación, su desarrollo y culminación, bajo los parámetros previstos por el derecho procesal. Este tipo de actos se traducen en providencia del juez, alegatos de conclusión, práctica de pruebas, etc., en otras palabras, se traducen en manifestaciones de voluntad de los sujetos procesales.

Teniendo en cuenta la doctrina de Chiovenda, para quien:

“Los actos procesales son aquellos que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal, es decir, son aquellos actos que tienen por consecuencia inmediata lo relativo a constitución, conservación, desarrollo, modificación o extinción de una relación procesal”.<sup>29</sup>

Al respecto Liebman, afirma que:

“Es una declaración o manifestación del pensamiento hecha voluntariamente por uno de los sujetos del proceso, la cual entra en una de las categorías de actos previstos por la ley procesal, y que pertenezca a un procedimiento, con eficacia constitutiva, modificativa o extintiva sobre la correspondiente relación procesal”.<sup>30</sup>

---

29 CHIOVENDA, José. Derecho procesal civil, tomo II, (Traducción José Casais y Santaló): Ed. Reus: Madrid: 1922, p. 257/258.

30 LIEBMAN, Enrico Tulio. Op. Cit. p.165.

Por su parte, La Couture define:

“El acto procesal como aquel que es realizado por los sujetos procesales o por aquellas instituciones y personas que pueden intervenir en el proceso o concurrir eventualmente al mismo.”<sup>31</sup>

Los actos y las formas, que se aplican a las nulidades como mecanismo de sanción (cuando éstas no cumplen con los requisitos mínimos previstos por la ley) como requisito que debe manifestarse con el propósito que el acto cumpla con su objetivo jurídico.

Los actos procesales, son formales en su esencia, y tal como se deja sentado en la presente investigación, el legislador establece derroteros y fronteras previas para que dichos actos sean “llenados”, sin salirse de tales límites; es allí donde radica su formalidad. Estas formas buscan que los actos procesales cumplan los fines inmediatos para los cuales fueron creados y que culminan con la última finalidad, cual es la sentencia. Teniendo en cuenta que la doctrina en general, afirma que los requisitos de forma, son las condiciones o presupuestos que debe cumplir el proceso para que el fallador pueda tomar una decisión que garantice el respeto a los derechos de las partes intervinientes y el normal desarrollo de la relación jurídico procesal.

De acuerdo con el concepto de Calamandrei, estas formalidades:

...son las condiciones que deben existir a fin de que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la pretensión, esto

---

31 COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil, 3ª edición, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina: 1978, pág. 214

es, a fin de que se concrete el deber-poder del juez de proveer sobre el mérito.”<sup>32</sup>

Los requisitos de forma del proceso, en la mayoría de casos son condiciones y circunstancias formales exigidas por el ordenamiento jurídico para garantizarle al juez, que cuenta con los elementos suficientes y necesarios por medio de la sentencia, para crear una situación concreta y particular para cada caso.

La importancia de esta figura radica al interior de la ciencia procesal, ya que los elementos que la constituyen son fundamentales dentro del mismo proceso, que al no exigirse en forma perentoria y precisa, el fallador podría seguramente, generar inseguridad y duda jurídica, al incurrir en imprecisiones; circunstancia ésta, que daría lugar al retroceso en la función de los instrumentos que componen el proceso que la realidad ha mostrado y que se ha erigido en un instrumento de primera mano para el desarrollo y evolución del ámbito jurídico interno.

En aras de enriquecer el cumplimiento de estos fines, la teoría enseña que las formas de los actos procesales son de orden público, en virtud de lo cual su vulneración iría en contra de las buenas costumbres y de ese mismo orden jurídico, por ello no es posible transar, conciliar, transigir o desistir sobre esas formas, pues se estaría poniendo en riesgo el objetivo pretendido.

Contrario a lo que pudiera pensarse, tal formalismo no obedece al rigor de la forma, por la forma como simple capricho del legislador, antes bien, funge como protección en beneficio de las personas que aparecen involucradas en el escenario procesal. Por eso es una manifestación especial del derecho al debido proceso, como limitante a las actividades tanto del Estado como de los particulares.

---

32 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil según el Nuevo Código Vol. I. Trad. Santiago Sentis Melendo: Ed. Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1973, p. 351-351

**i) Los actos procesales y sus requisitos.** Los actos procesales tienen por obvia razón, unos parámetros que deben respetar, para que produzcan los efectos y consecuencias a que están llamados a cumplir. En su calidad de actos jurídicos, deben contener requisitos mínimos de existencia y validez, a partir de los cuales, se garantiza a la juridicidad, que su existencia se encuentra acorde con los parámetros fijados y las normas específicas, las cuales son:

- *Que el sujeto tenga aptitud para realizar el acto.* Este elemento se mira desde la competencia que debe tener el fallador; la capacidad y legitimación de las partes; hasta la facultad legal o ministerial que le otorgue la ley al juez; las facultades al ministerio público, los auxiliares de la justicia y los terceros que tengan intereses.
- Que sea una declaración consciente y espontánea de voluntad.
- *Que el acto procesal sea idóneo,* es decir, que esté dotado de los elementos suficientes de capacidad y aptitud necesarias para producir efectos jurídicos al interior del proceso.
- *Que el acto procesal pueda ser jurídicamente posible,* es decir, que su ejecución esté permitida por la ley, o, cuando menos, no prohibida por ella.
- *Que el acto procesal no esté sujeto a condiciones extraprocesales,* porque el estado de indeterminación con ello generado, se dirigiría en contra de la seguridad jurídica, la certeza y el normal desarrollo del proceso.<sup>33</sup>

---

33 POZO SILVA, Nelson. Las nulidades procesales, 2ª Edición. Ed. Cono Sur, Buenos Aires: 1987, p.64

De igual forma el acto procesal tiene dentro unos lineamientos tales como fondo, forma, subjetivos y objetivos, a saber:

- *Fondo*. Capacidad jurídica de legitimación, idónea, debida representación, validez y eficacia.
- *Forma*. Cómo, Cuándo, Dónde.
- *Debido procedimiento*. papel oficial, lugar donde ocurren, obligatoriedad y oportunidad.
- *Subjetivos*. Es la capacidad, legitimación y representación.
- *Objetivos*. Son las formalidades del acto mismo, es decir, de modo, de tiempo y de lugar. *Modo*. El acto ha de cumplirse oral o por escrito. *Tiempo*. En el que debe ejecutarse antes del proceso o después la primera o segunda instancia. *Lugar*. Recinto del juzgado o fuera de él, durante una diligencia o posterior a ésta.

**ii) Elementos del acto procesal.** En cuanto a los elementos dentro de los cuales debe regirse el acto procesal, estos tienen ciertos componentes constitutivos que les aportan la estructura, categoría y fuerza necesarias para el cumplimiento de los fines y cometidos que la ciencia jurídica, los ha llamado a producir; por lo tanto, a continuación se citan y describen de la siguiente manera:

*Sujetos del acto procesal.* Son todas aquellas personas que realizan actividades al interior del proceso, que producen efectos en él, y que, al mismo tiempo, tienen la capacidad de producir actos procesales. Corresponden a todos aquellos individuos que ostentan determinada cualidad; deben satisfacer

unos presupuestos, son indispensables y exigidos por la ley para hacerlos titulares de la aptitud necesaria para actuar dentro del proceso.

Teniendo en cuenta el concepto del tratadista Chiovenda, quien en los siguientes términos define:

... El concepto de parte derivase del concepto de proceso y de la relación procesal; es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquél frente al cual ésta es demandada. La idea de parte nos la da, por lo tanto, el mismo pleito, la relación procesal, la demanda, no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de la contienda.<sup>34</sup>

De igual forma, *la capacidad para ser parte*, es el primero de los presupuestos o requisitos que deben satisfacer las personas para ser sujetos de los actos procesales, esta capacidad, que muchas veces se desnaturaliza con la capacidad sustancial de goce, la poseen todas aquellas personas –naturales o jurídicas, públicas o privadas– susceptibles de ser sujetos de derechos y obligaciones.

Para ser sujeto de los actos procesales la persona también debe *tener capacidad de ejercicio*; es decir, debe ser un sujeto a quien la ley le permita actuar por si mismo ante los estrados judiciales, porque de lo contrario, la persona sólo puede actuar a través de su representante legal. “Se debe actuar en el proceso por intermedio de un abogado titulado, quien debe cumplir la función de interpretar jurídicamente ante los tribunales el deseo o interés de la parte”.<sup>35</sup>

---

34 CHIOVENDA, José. Op. Cit. p.6. En: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano Tomo I, 6ª Edición, Ed. ABC, Bogotá: 1993, p.198-199.

35 QUINTERO, Beatriz, y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso, tomo I. Ed. Temis, Bogotá: 1995, p. 311.

*Otro sujeto de los actos procesales, es el juez, persona que funge como orientadora y directora del proceso, revestido de una facultad constitucional y legal para conocer del asunto con motivo del cual se realiza el acto procesal.*

En cabeza de todos los jueces, se encuentra el concepto de la jurisdicción como “capacidad de decir el derecho” (concepto etimológico); concepto éste que en Colombia encuentra un respaldo constitucional traducido en la potestad autónoma y soberana del Estado para resolver conflictos entre personas; mientras que en una materia más específica puede hablarse de competencia, que delimita ese ejercicio constitucional y legal del juez, y que obedece especialmente a una cuestión metodológica de distribución del trabajo.

*El Ministerio Público*, entidad en nuestro medio encabezada por la Procuraduría General de la Nación, a quien compete dentro de sus funciones principales, la de velar por los intereses de la sociedad en general; es decir, el Ministerio Público cumple esencialmente una función de veeduría con capacidad de producir actos procesales por medio de los cuales puede salvaguardar esos intereses societarios, promulgando y protegiendo al mismo tiempo los derechos fundamentales de las personas, en consonancia con el cumplimiento de las normas constitucionales y legales. Aunque se trata de un sujeto que no tiene relación directa con el derecho sustancial que se debate, se puede concluir que el hecho de haberse incluido su función en estos aspectos, obedece a la preocupación del Estado para que los derechos de las personas no sean vulnerados.

*La Forma.* Consiste en la exteriorización o materialización de los actos procesales, teniendo en cuenta que en la medida en que cada uno de ellos pretenda producir los efectos esperados, debe cumplir con unos requisitos previstos:

“La regulación normativa de la forma implica la indicación legal del conjunto de condiciones que debe reunir el acto procesal para producir un efecto jurídico y su ámbito domina todo el derecho procesal”.<sup>36</sup>

Generalmente, la doctrina hace referencia a la existencia de dos posturas referentes a la forma de los actos procesales, siendo la primera un referente rígido, donde se establecen unos prerrequisitos que deben ser cumplidos a cabalidad, so pena de perder su eficacia el acto procesal. Otro obedece a la idoneidad misma de la forma, y se puede escoger el que se constituya en una forma más apta para la consecución de la finalidad que se persigue. Aunque se hable desde éste último punto de vista, de una cierta libertad, (no porque se pueda escoger cualquier forma, sino porque se permite la selección dependiendo de la idoneidad), la misma doctrina procesal se ha encargado de seleccionar ciertos objetivos que deben ser cumplidos por esas mismas formas.<sup>37</sup>

*El Contenido.* Este elemento hace alusión a la sustancia y materialidad que componen el acto procesal en su nacimiento y evolución. El legislador establece los marcos limítrofes de los actos procesales, y son los sujetos procesales quienes se encargan de verter en ellos el contenido, de acuerdo con su participación e interés. Así, una sentencia, una proposición de excepciones, son actos preestablecidos legislativamente, pero que son y deben ser llenados de contenido por cada uno de los sujetos procesales. El contenido de los actos procesales debe ser jurídicamente posible e idóneo para producir efectos en el ámbito del derecho interno, de lo contrario, tal cometido no se lograría. En este

---

36 *Ibidem*, p. 98.

37 *Ibidem*, p. 99.

orden de ideas, debe entenderse por contenido, tanto la causa como el objeto de los actos procesales.

*La causa.* Corresponde a la motivación y el propósito para la realización del acto procesal; es la que le da origen a todo evento de este tipo, y en todos los casos debe ser legítima y jurídica;

*El objeto.* Por su parte, es la materia sobre la cual recae el acto procesal, pudiendo consistir en un hecho, una persona o una cosa.

*La Voluntad.* Este es otro de los elementos del contenido de los actos procesales. Este componente, tal como se dejó plasmado en la definición del acto procesal, sale de la idea misma acerca de que se trata de un acto voluntario y conscientemente encaminado a producir efectos dentro del proceso; resulta lógica la presencia de este elemento, puesto que siendo el derecho procesal un instrumento de garantía y respeto de los derechos sustanciales, sería irracional que le otorgase valor alguno a aquellos actos realizados dentro del proceso por parte de los sujetos intervinientes, sin que estos últimos estuvieran cabalmente enterados, que con dichas conductas están generando un efecto directo para sus intereses personales y particulares.

**iii) Ineficacia del acto procesal.** Será eficaz, cuando reúna las condiciones o requisitos exigidos para su aplicación y que no denote imperfección ostensible en condiciones normales. Caso contrario, la inobservancia de las normas que prescriben la forma de ejercicio de la actividad procesal se encuentra sancionada a través de mecanismos de represión personal, en cuanto se concretan sobre el sujeto o los sujetos que las omitieron, por medio de otras consecuencias procesales, como la nulidad del acto por ineficaz. Si se asume un criterio frente a lo inexistente y lo perfecto, es decir, si el defecto, el vicio o la irregularidad al momento de nacer el acto procesal, éste sería el producto de la falta de

condiciones de validez y en consecuencia nulo; diferente sí al extremo carece un supuesto sustancial, entonces se interpretaría como inexistencia.

Afirma Jairo Salgado Quintero (inexistencias y nulidades en materia penal) que la figura anteriormente reseñada, no se daría bajo el criterio “radicalista de lo exclusivamente natural, sino como un concepto jurídico de valoración dentro del ámbito del Derecho, dicho sea, ordinariamente identificable con el acto de prueba, sin que ello desde luego implique la posibilidad de variarse en actos de naturaleza procesal distintos y decimos, concepto jurídico de valoración, porque la inexistencia se halla ubicada como una de las categorías de la ineficacia , y por ende, subyace dentro del amplio texto del derecho penal, se trata pues, de un aspecto razonablemente jurídico que buscaba formarse como un acto con efectos jurídicos, sería erróneo sin más, sustraer la inexistencia de la universalidad jurídica”.<sup>38</sup>

La Corte Suprema de Justicia en providencia del 28 de agosto de 1995, se pronunció en los siguientes términos:

Ahora bien, no por disentir de la resolución de acusación puede el Juez de la causa negarse a conocer del proceso pretextando incompetencia. Esto solamente puede hacerlo cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos y la que habría de darse determina cambio de competencia, verbigracia si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el Juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer colisión negativa sin

---

<sup>38</sup> Salgado Quintero, JAIRO. Ob. Cit.

festinar decisiones sobre la validez de la actuación (art.101 C.P.P.).<sup>39</sup>

Con posterioridad, el 11 de julio de 2.002, la misma Corte, se pronunció de la siguiente manera:

“Además, lo que manda la ley es que la función acusadora se cumpla por quien es competente para ello y ante los jueces a los cuales se les ha asignado previamente el conocimiento del asunto, o que una vez advertida una circunstancia que implica pérdida de competencia, se remita la actuación al funcionario que sí la tiene, sin que implique en modo alguno que las diligencias evacuadas bajo la presunción de una competencia que después desaparece o se demuestra que no se tenía, pierdan validez, si las mismas son recaudadas con el cumplimiento de los requisitos legales para que puedan tener aptitud de tales a la hora de su valoración”.<sup>40</sup>

Los elementos obligatorios para la existencia del acto procesal, son disímiles a los presupuestos procesales porque su compendio se alindera en las diferentes etapas de forma concreta observando básicamente su contenido y forma.

El acto por su parte, es la individualidad sin tener en cuenta, si otro lo afecta o le da origen, caso contrario, el presupuesto viene siendo el acto motivo de otro y efecto de varios metodológicamente dirigidos a la terminación normal, que a falta de uno por omisión o vicio, redundan en el quebrantamiento de la estructura formal del proceso.

---

<sup>39</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado acta N° 122. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripio. Santa Fe de Bogotá, D.C., 28 de agosto de 1995. Proceso No. 10695.

<sup>40</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. Aprobado Acta No. 74. Proceso No 10957. Bogotá, D.C., 11 de julio de 2.002.

**iv) Irregularidad sustancial.** La corte ha dicho que cuando no se imponen imperativos a las partes, sino que se observa un amplio margen de libertad a los sujetos intervinientes que de conformidad al manejo del sistema ritual, aunque restringido en materia penal en tanto que se podrían violar principios como el de legalidad, lealtad y seguridad jurídica, esta flexibilidad de las formas parece posibilitar una interpretación mucho más selectiva y sensata de lo que puede ser irregularidad sustancial.

**2.2.2. Nulidad.** En la doctrina no existe un criterio unánime acerca de un principio legitimador de las nulidades. Es así como algunos califican las nulidades como un recurso, otros como una garantía legitimadora, un medio de impugnación o una sanción. Trátese de una u otra concepción, las nulidades tienen por fin hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales de las personas investigadas penalmente, al excluir todo acto o prueba obtenido con violación de esos derechos y los que de ellos se deriven.

Para lograr la efectividad del derecho sustancial, se han consagrado los ritos procesales, los cuales han de cumplirse con el lleno de los requisitos legales si no se logra, podría incurrir dicho acto en causal de nulidad.

Bien es cierto, que no toda irregularidad es suficiente para que se declare la nulidad del acto procesal, pero debe haber un equilibrio en aras del debido proceso para que los actos o pruebas obtenidos con violación de las garantías y derechos fundamentales no se convierta en una simple irregularidad, pues con ello se convalidarían actos irregulares de trascendencia significativa dentro del proceso.

Es de aclarar que las declaraciones de nulidad no pretenden proteger a los sujetos procesales sino de la legalidad de todos los actos que integran el proceso, porque

eso es diferente a que las nulidades sean invocadas por los sujetos procesales cuando noten que sus derechos fundamentales han sido violados en la realización de dichos actos; son dos cosas diferentes aunque la una sea consecuencia de la otra.

Debe distinguirse además entre acto viciado de nulidad y proceso viciado de nulidad, pues el acto viciado de nulidad no necesariamente vicia los actos subsiguientes, caso en el cual es suficiente con decretar la nulidad de tal acto y rehacerlo de forma que produzca efectos jurídicos sin que afecte el resto del proceso, mientras que en el proceso viciado de nulidad, por haberse incorporado, por ejemplo, un medio probatorio con violación de garantías fundamentales, la nulidad de ese acto genera la nulidad de los actos subsiguientes, y por lo tanto de todo el proceso, por forma tal que cuando se alega una nulidad, debe analizarse el caso en particular porque es posible que se haya generado la nulidad de todo el proceso, como también que ésta se haya dado solamente respecto de algunos actos procesales.

#### **i) Características principales de las nulidades <sup>41</sup>**

- *Como sanción*, funciona siempre como un reproche o castigo previsto en la ley cuando no se observan determinadas exigencias.
- *Su fuente* debe ser siempre la ley, no existen declaratorias de nulidad por vía reglamentaria.
- *Se hace necesario* que la conminación de nulidad esté prevista en forma *expresa*.
- *Priva de efectos jurídicos al acto*. Cuando se declara nulo un acto, éste pierde eficacia dentro del proceso, es decir, que el acto resulta privado de los efectos jurídicos que debía producir.

---

<sup>41</sup> PALACIO Lino, Op. Cit.

**ii) Nulidad como sanción.** La política criminal hace parte del control social ejercido por el Estado y tiene relación con el poder de este, para determinar los lineamientos de reproche y sanción de determinados comportamientos del ser humano. El carácter social del Estado no solo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular. En este sentido, el Estado debe desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución por vías de disuasión o en último término, optar por definirlo como criminal.

La Corte Constitucional ha hecho el siguiente pronunciamiento, en cuanto a la sanción: Crea criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales.

“... en el marco del Estado Social de Derecho, la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado”.<sup>42</sup>

**iii) Saneamiento.** Concepto que hace parte de la llamada economía procesal como principio de modalidad, a lo cual Chiovenda afirma:

“Modalidad: más que un solo principio es un conjunto de principios con los cuales se consigue aquél. Entre ellos se encuentran: a) El de Saneamiento: consiste en que las situaciones o actuaciones afectadas de nulidad sean susceptibles de ser convalidadas por la

---

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-679 de 1998. Ref. Exp. D-2085. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 522 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1998.

parte en cuyo favor se establece. b) La nulidad es una sanción que la norma prevé para determinadas situaciones o actuaciones irregulares y cuando con ellas se viola el derecho de defensa de una de las partes. Pero la nulidad no siempre se impone, pues es viable que la parte afectada como consecuencia de ella la convalide, esto es, que mediante cierta conducta no se aplique esa sanción y, por ende, la actuación sea válida, que es lo que se denomina saneamiento. c) La tendencia actual es la de consagrar en la norma positiva el mayor número de nulidades susceptibles de saneamiento. Por ejemplo, si el demandado ha sido indebidamente citado o emplazado y éste no lo alega en la primera actuación que realice, tal irregularidad queda convalidada.<sup>43</sup>

Las nulidades tienen la posibilidad de originar invalidez total o parcial de la actuación, algunas de ellas permiten, si se dan ciertos requisitos, su saneamiento, es decir, que no obstante la existencia del vicio y su declaración, éste deja de producir efectos si se ratifica la actuación indebida, o si se presentan determinadas circunstancias que hacen engañoso, o que burla el juicio formado de la irregularidad aún no declarada; por cuanto no se vulnera el derecho de defensa, con lo cual se acoge al llamado principio de economía procesal, es decir, que el saneamiento presenta dos aspectos: la convalidación, en virtud de la cual vuelve a tomar vida jurídica la actuación anulada, antes de haber sido repuesta, y el que se denomina saneamiento propiamente dicho, cuando en virtud de determinadas circunstancias la actuación que está afectada por nulidad aún no declarada, mantiene sus efectos.

---

<sup>43</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Curso de derecho procesal civil; traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonzo. Editorial: México: Harla, 1995.

Según el tratadista López Blanco, afirma que:

...Es convalidación si se declara nulo todo lo actuado por indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado y antes de que se reponga lo anulado la parte demandada convalida lo declarado nulo, vuelve a ser efectiva y vinculante la actuación que había cesado en sus efectos; es saneamiento propiamente dicho si ante la posibilidad de que se anule la actuación, pero sin decisión en firme al respecto, es más, aún sin haber sido proferida la misma, el demandado señala que sana.<sup>44</sup>

En derecho penal, es pertinente tener en cuenta la importancia de diferenciar tanto los principios, como las garantías, pues de la violación de unos u otros dependerá la consecuente nulidad. Los principios son considerados como el núcleo central de un Estado de Derecho, a partir de los postulados constitucionales y consagrados en todos los pactos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo: el derecho a la defensa, debido proceso, etc.

En conclusión, se puede decir, que la nulidad es un fenómeno jurídico y la inexistencia atiende por lo menos en principio a un fenómeno natural, porque cuando se habla de invalidez de un acto, se está frente a la imposibilidad de que ese acto pueda surgir al ámbito de lo jurídico, mientras que cuando se habla de ausencia, estos actos apuntan a condiciones que si bien son suficientes para existir en el mundo de la juridicidad, su falta refleja la ineffectividad o mejor, produce efectos nulos.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Parte General, IX Edición, Editorial Dupre, Bogotá, 2007, pág. 917

<sup>45</sup> Salgado Quintero, JAIRO. Ob. Cit.

**iv) Regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación de las garantías fundamentales. Artículo 23 de la Ley 906 de 2004.** Trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión, al disponer que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según, lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior.

(...)

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.<sup>46</sup>

**v) Nulidad derivada de la prueba ilícita, artículo 455 C.P.P.** El citado artículo procesal penal, ha establecido que para los efectos del artículo 23 se deben considerar los siguientes criterios: a) vínculo atenuado, b) la fuente independiente, c) el descubrimiento inevitable y, d) Los demás que establezca la Ley.

Este articulado, fue declarado exequible mediante la sentencia antes citada, donde se involucraron los artículos 23, 232, 455 y 457 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional determinó que acorde con lo establecido en el 29 de la Constitución, cuando se efectúe un allanamiento o registro, todo elemento probatorio y evidencia física, y no solamente los que dependan directa y exclusivamente de la referida diligencia practicada sin los requisitos legales,

---

<sup>46</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. Ob. Cit.

carecerá de valor y deberá ser excluido de la actuación; así, en desarrollo de la referida norma constitucional, los artículos 23 y 455, ordenan la exclusión no solo de las pruebas ilícitas directas, sino de cualquier otra derivada de éstas, motivo por el cual el 455, establece unos criterios para determinar si una prueba deriva de otra, estableciendo determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra.

Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que:

- a) Por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad;
- (b) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y
- (c) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito.

Los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y

autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.<sup>47</sup>

Por lo cual, las pruebas ilegalmente obtenidas, no pueden incluirse en el acervo probatorio, de acuerdo con la norma, ello puede ser consecuencia inmediata y plena derivada de la ilicitud o fruto de la ponderación del juez, quien la aplicará teniendo en cuenta otros factores, como el interés público de evitar la impunidad, es decir, deberá decidir en determinados momentos, si prevalece la verdad real o el respeto de las garantías fundamentales. Es importante tener en cuenta, lo relacionado con las pruebas que se derivan de otras obtenidas con la violación de garantías fundamentales, pues aunque el artículo 23 establece que las pruebas como consecuencia de las excluidas también son nula de pleno derecho.

**vi) Nulidad por Incompetencia del Juez artículo 456.** Es motivo de nulidad por violación del factor objetivo el que se hubiere adelantado el proceso por un juez incompetente, por estar su conocimiento signado a los jueces especializados, es decir, cuando un juez municipal o de circuito tramita el juicio en un proceso de competencia de los jueces del circuito o especializados (competencia artículos 35 a 37, 55 parágrafo 1).

**vii) Nulidad por violación a las garantías fundamentales artículo 457.** La norma citada ha establecido 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 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, sí invalidan el procedimiento.

---

<sup>47</sup> Ibídem.

Es pertinente tener en cuenta que el articulado, fue declarado exequible, pero de manera condicionada mediante la sentencia citada, en el entendido de que:

“Se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial”.

La afectación del debido proceso se produce por la existencia de determinadas irregularidades que lo desfiguran en forma tal que socavan las garantías de las partes, fundamentalmente por el desconocimiento de principios como el de la legalidad de jurisdicción, las formas propias del juicio o el principio de favorabilidad.

En este sentido existe nulidad con fundamento en la misma causal, cuando se adelanta un proceso habiéndose extinguido la acción penal, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 19 de 1982, o si la acusación tiene severos defectos de motivación como por ejemplo: a) porque hacen difícil conocer los hechos que se endilgan o la época en que fueron cometidos; b) o por indebida referencia genérica a pluralidad de comportamientos, al no haber delimitado debidamente los hechos conexos, por ejemplo, cuando en una resolución de acusación se asevera que el sujeto cometió pluralidad de hurtos o peculados, sin identificar en qué circunstancias acaeció cada uno de ellos, y sólo delimitando el grupo de punibles por circunstancias accesorias como la unidad de designio o un lapso de tiempo que los comprenda.

Algunas veces, la experiencia ha permitido que en ocasiones el vicio se refleja en un atentado directo a las prerrogativas de defensa del imputado o acusado, como cuando se le priva de posibilidades concretas de contradecir medios de prueba aunados a la actuación o se adelanta el trámite sin asistencia de defensor o vulnerando las normas que regulan la defensa técnica.

**viii) Nulidad en la medida de aseguramiento.** En cuanto a esta nulidad, se solicitará la medida cuando no haya sido debidamente sustentada en su petición o motivada en su imposición. Teniendo en cuenta la sentencia C-774 de 2001 de la Corte Constitucional, cuando o no se motiva o se sustenta debidamente una petición o decisión sobre imposición de medida de aseguramiento, se incurre en causal de nulidad de la misma. Así lo ha establecido la sentencia citada, jurisprudencia que es de carácter obligatorio, en la que primero se debe observar al imponer la medida es sí se cumple con los fines para los cuales fueron establecidos.

La Ley 906 de 2004, señala que no es suficiente sustentar una medida de aseguramiento con la sola mención de los artículos que la regulan y de que son procedentes por el número de años que contempla la pena para el delito, porque el delito es grave, o porque el imputado es peligroso o que eludirá el cumplimiento de una sentencia condenatoria. Se requiere además, haberse demostrado o probado al Juez, con los elementos de conocimiento necesarios, cada uno de estos factores, así como la autoría o participación del imputado en esos hechos, no estar frente a una causal de exclusión de responsabilidad y la necesidad de esa medida.

La providencia C-774 del 2001<sup>48</sup>, al respecto adujo:

“Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. Los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte.

En consecuencia, en esta audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento se requiere que la Fiscalía realice un descubrimiento de estos

---

<sup>48</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774/01, Ref: Exp. No.D-3271, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 354 a 367 de la Ley 600 de 2.000. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Actor: Diógenes Escobar. Bogotá, D.C, veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001).

medios de prueba, como así quedó definitivamente establecido en la sentencia C-1154 de 2005, de la Corte Constitucional.

Esos razonamientos son igualmente válidos para cuando se formule una imputación sin los elementos de conocimiento necesarios de los que se pueda inferir razonablemente la autoría y responsabilidad del indiciado, en cuyo evento se podría pedir por parte de la Fiscalía una preclusión de la investigación, y quedaría a criterio del Juez aprobar o decretar la nulidad de la imputación cuando se haya solicitado la preclusión con base en los mismos elementos de juicio que se tuvieron para formularla.

La nulidad está llamada a restablecer el orden legal del proceso como fin inmediato, al igual que, con los derechos de las partes para preservar en última instancia el debido proceso y la futura vulneración de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en él.

Teniendo en cuenta tanto la doctrina como la jurisprudencia, es posible darse cuenta que la importancia e instrumentalidad que la figura de las nulidades posee, ya que puede ser un medio por el cual el fallador se garantice a sí mismo, que aunque las partes no hayan aportado los elementos suficientes para tomar la decisión, él puede suspender, frenar el proceso y decirle a los justiciables, que le aporten los elementos necesarios para adoptar una decisión acorde con los postulados constitucionales del debido proceso.

Habiendo abordado anteriormente la conceptualización sobre el derecho procesal, ámbito en el cual tiene su razón de ser la figura jurídica motivo de estudio, puede remitirse el objeto del trabajo a dar claridad al tema de los requisitos de forma del proceso; condición ésta que permitirá ir dilucidando en forma paulatina y progresiva, las funciones que las nulidades sustanciales puedan tener en el ámbito jurídico interno.

### 2.2.3 Teoría General de las Nulidades

**i) Conceptos Jurisprudenciales.** Al abordar en concreto el tema de la nulidad, se debe tener en cuenta la existencia de dos nociones distintas, en campos igualmente distintos:

“La nulidad procesal es una sanción procesal que priva a los actos y a las etapas procesales de sus efectos normales, desde su eficacia, en las cuales no se han observado ciertas reglas fundamentales del debido proceso, como las referentes a las formas preestablecidas, a la garantía del derecho a ser oído, o cuando se desconocen las pautas objetivas que tutelan la garantía de legalidad del juez. La nulidad procesal puede definirse como "el remedio tendiente a invalidar tanto resoluciones judiciales cuanto actos procesales anteriores a ellas que no reúnen los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad".<sup>49</sup>

Conceptualmente es importante tener en cuenta lo preceptuado por Canosa Torrado, quien define en los siguientes términos:

... en el concepto de nulidad sustancial se mira el acto o contrato al que le falta uno de los requisitos que la ley prescribe por su valor, mientras que en la nulidad procesal, se observa exclusivamente si el procedimiento empleado para el reconocimiento de un derecho cumplió con el precepto fundamental que garantiza el debido proceso.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> PALACIO, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil, tomo V. Actos Procesales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 136-137

<sup>50</sup> CANOSA TORRADO, Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil, 3ª edición aumentada y corregida. Ed. Doctrina y Ley, Bogotá: 1998, p. 17-19.

Según el anterior criterio, esto equivale a que los negocios jurídicos celebrados por las personas, para que puedan gozar de validez, deben llenar unos requisitos especiales, tales como el consentimiento exento de fuerza, dolo o error, o que el mismo recaiga sobre un objeto lícito. Si faltan estos elementos, entonces el acto o negocio jurídico es nulo, es decir, pierde su validez por la no satisfacción de requisitos.

Como puede observarse, se trata de sanciones estrictamente señaladas para el negocio jurídico en sí, las cuales en nada tocan la validez de las posibles actuaciones procesales que puedan presentarse a este respecto. Caso contrario, tratándose de las nulidades, éstas apuntan igualmente a sancionar una actividad, pero dicha sanción no tiene nada que ver directamente con la validez del negocio jurídico o de otro comportamiento, sino que señalan la sanción por un comportamiento no acorde a la ley y a los principios que rigen la actuación procesal.

El no respeto de unas reglas predeterminadas para regular el proceso es lo que genera las nulidades, pues se trata de unas normas cuya observancia en el ámbito jurídico interno, han sido consideradas por el legislador como crucialmente importante.

De los anteriores conceptos se colige que las nulidades sustanciales se refieren a la validez de los actos o negocios jurídicos sustanciales, y que la nulidad procesal alude exclusivamente a los actos llevados a cabo dentro del proceso, tal como lo ha afirmado la Honorable Corte Constitucional.<sup>51</sup>

Con el anterior pronunciamiento y otros similares, la Corte Constitucional, ha querido reivindicar el derecho a un debido proceso con las implicaciones que el

---

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Auto 101/08, Ref. Exp. T-1814702. Acción de tutela contra Saludcoop E.P.S. con vinculación oficiosa del Fosyga. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. Bogotá D.C.: 17 de abril de 2008.

mismo tiene, respetando las formas esenciales de la actuación procesal, y conjugando dicho criterio con ciertas limitaciones a la institución de las nulidades, que van de la mano con la celeridad del proceso y la economía del mismo. A la luz del pronunciamiento judicial que se viene analizando.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, de manera más sólida y fundada, ha manifestado que la figura de las nulidades procesales, es una forma de sanción y corrección ante la inobservancia de las formas legalmente establecidas que regulan el nacimiento y desarrollo del debido proceso. Constituyen, por lo tanto, verdaderas anormalidades que impiden el recto cumplimiento de la función jurisdiccional y terminan socavando los intereses de los sujetos procesales y del Estado mismo, en su afán de administrar justicia correctamente.

La Corte Suprema de Justicia argumentó la materia en los siguientes términos:

“Las nulidades procesales no responden a un concepto de mero prurito formalista, pues entendidas como sanción, y provistas como están de un carácter preponderadamente preventivo, que no represivo, son gobernadas por principios básicos insoslayables los que ponen al descubierto su razón de ser, su fundamento. Hablase de los postulados de especificidad, protección y convalidación.”<sup>52</sup>

La Corte pretende que el régimen de las nulidades se convierta en un concepto formalista que involucre un carácter prioritariamente preventivo para evitar un desgaste inocuo del aparato jurisdiccional del Estado, y que además, proteja los derechos de las personas que aparecen involucradas en el proceso.

---

52 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 4373 de 14 de febrero de 1995.

**ii) Concepto Doctrinario.** Desde el punto de vista doctrinario, las nulidades sustanciales se dirigen a la validez de los actos o negocios jurídicos sustanciales, mientras que la nulidad procesal, hace referencia a la sanción aplicable a los actos llevados a cabo dentro del proceso y que resultan vulnerados por el comportamiento de los sujetos procesales, por lo que se deducen claras diferencias con las nulidades que ya fueron establecidas en el capítulo anterior.

La doctrina se ha encargado de ir elaborando una serie de conceptos acerca de ellas; conceptos que en ocasiones carecen de uniformidad, quizá por el carácter tan complejo de la figura en estudio, condición ésta, que algunas veces llega incluso a alterar la naturaleza de la figura.

Dentro de los conceptos doctrinales al respecto, se citarán así:

*“... es la sanción por medio de la cual se obra sobre lo que ha sido hecho en contra de las formas prescritas.”<sup>53</sup>.*

Este concepto, a pesar de ser amplio y genérico, tiene la gran virtud de incluir el término y la forma, dentro de su estructura, lo que de una u otra manera, reivindica el fundamento y la base del debido proceso, bastión sobre el cual se erige el derecho procesal para cumplir sus cometidos. Lo que significa que las llamadas formas procesales, no son otra cosa que aquellos pasos, mecanismos y disposiciones establecidos por el orden jurídico con el propósito de lograr que en las relaciones jurídico-procesales, se presenten un orden, una estructura y un esquema, con base en los cuales se garantice a los particulares el respeto de sus derechos, específicamente el derecho al debido proceso.

---

53 POZO SILVA, Nelson. Las nulidades procesales, 2ª edición. Ediarte—ConoSur, Buenos Aires, 1987, p. 119.

Desde una perspectiva general, *los actos procesales*, tienen como objetivo aportar dinamismo y estructura al proceso; pero de manera particular debe señalarse que cada uno de ellos cumple con objetivos específicos, así: aportar pruebas, incoar la pretensión, contestar la demanda, etc. Por todo ello, el ordenamiento jurídico se ha encargado de particularizar cada uno de los respectivos actos, de manera tal que los cobija con la idoneidad y la certeza suficientes para alcanzar las metas que desde el proceso se plantean.

El resultado de esta caracterización, es lo que se ha llamado formas procesales, cuya violación o incumplimiento, es lo que pone en ejercicio la figura de la nulidad procesal. De esta manera, queda claro que la conjunción que opera entre el debido proceso, formas procesales y nulidad procesal, planteada por Pozo Silva, la cual a su vez sirve como base fundamental sobre el que se apoya el planteamiento de la presente investigación.

De otro lado, la nulidad procesal para Alsina, es:

“... es la sanción por la cual la ley priva a un acto de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”.<sup>54</sup>

Se trata pues, de una definición similar a la de Pozo Silva, en tanto que hace referencia al “castigo” que reciben aquellos actos procesales que no guardan concordancia con las formas establecidas para su validez, pero difiere de la misma si se tiene en cuenta que ésta última se circunscribe a la violación de formas legales únicamente, desconociendo otros sistemas de nulidades donde se acepta la existencia de nulidades implícitas, es decir, no expresamente señaladas en la ley.

---

54 ALSINA, Hugo. Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires: 1941. p. 718.

También es pertinente tener en cuenta lo preceptuado por Lino Palacio, quien manifiesta que las nulidades procesales:

“Son la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen del algún vicio en sus elementos esenciales, y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hayan destinados”.<sup>55</sup>

Así las cosas, la nulidad procesal debe entenderse como una institución que presenta dos caras, una patológica y otra curativa, cada una de las cuales es tan importante como la otra; en tal medida se puede afirmar que desde la primera de ellas, la nulidad procesal es la sanción por medio de la cual se priva de los efectos normales a un acto procesal, por haber sido creado, desarrollado o ejecutado con violación de los requisitos que la ley ha establecido para su validez, o por defectos o vicios en sus elementos esenciales, que no le permiten cumplir con los fines para los cuales está creado jurídico-procesalmente, es decir, en términos generales, para garantizar el respeto a los derechos de las partes.

Ya en materia penal, Humberto Fernández Vega, al analizar las nulidades como causal de casación, establece que<sup>56</sup>:

“...Los motivos de la causal segunda (de casación) están directamente relacionados con las nulidades establecidas de manera taxativa en el Código de Procedimiento Penal, vale decir en los artículos 23, 45, 456 y 457, relacionados con la cláusula de exclusión, competencia, nulidad por incompetencia del juez, y nulidad por garantías fundamentales.

---

55 PALACIO, Lino Enrique. Derecho procesal civil, Actos procesales Tomo IV. Ed. Abelede Perrot, Buenos Aires: p. 358.

56 Fernández, Vega Humberto. La casación en el sistema penal acusatorio, Ed. Leyer, Bogotá, D.C., Colombia, p. 147.

Esta causal está destinada a proteger el debido proceso y las garantías debidas a las partes. Procede entonces, cuando se incurre en violaciones de su estructura o lesión a tales garantías, pero sin que se considere que cualquier yerro al respecto puede conducir a prosperidad del recurso extraordinario, ya que la causal exige que se de una afectación sustancial en los dos aspectos mencionados”.

**2.2.4 Sentencias en materia de Nulidad Sustancial.** En materia de nulidades sustanciales, la Corte Constitucional, ha emitido el siguiente concepto, que bien vale la pena tener en cuenta, (noviembre del 2002 se pronunció a través del Auto No. 148) en los siguientes términos:

“Se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan solo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alegan muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar.<sup>57</sup>

Para la Corte Constitucional, los incidentes de nulidad contra sus fallos, solo podrán prosperar, si se logra demostrar las circunstancias jurídicas excepcionales, pues “por razones de seguridad jurídica y en virtud de la

---

<sup>57</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 148 de 2000. Ref. Solicitud de nulidad de la sentencia T-176 de marzo 18 de 1999. M.P. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá, D.C., noviembre 21 de 2000.

necesidad de que prevalezcan los postulados y valores que consagra la Carta Magna”, las providencias que dicta son inimpugnables.

Criterio avalado por el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, según el cual contra los fallos que dicta la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Sin embargo, la Corte ha encontrado que sus decisiones, como cualquiera otra decisión judicial, pueden ser susceptibles de impugnación a través de un incidente de nulidad, el cual está sujeto a requisitos estrictos de procedibilidad.

**2.2.5 La omisión legislativa.** Cuando se toma el concepto de la expresión “omisión” como la acción de no hacer, esta negligencia o despreocupación del órgano legislativo para expedir leyes y normatividades que desarrollen los preceptos constitucionales que generen un “deber constitucional y situación caracterizada, de un lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas legislativas de actuación), y, de otro, por un comportamiento del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional”.<sup>58</sup>

Por tal razón, la omisión legislativa consiste en la falta del cumplimiento del deber de legislar; Desde este punto de vista, y haciendo énfasis en los pronunciamientos que han tenido o que tienen las Altas Cortes en el ámbito jurídico interno, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la omisión legislativa en términos de abstención legislativa en incumplimiento de su deber constitucional de legislar de forma completa.<sup>59</sup>

---

58 GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador una realidad susceptible de control: McGraw-Hill, Interamericana Madrid, España: 1997, p. 28.

59 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543-96. Ref: Exp. No. D-1286. Demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D.C.: 16 de octubre de 1996 “LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. En la doctrina contemporánea, dentro de la concepción democrática de que ningún acto de las autoridades puede estar desprovisto de control, se ha entrado a plantear la posibilidad de ejercer éste no sólo sobre las acciones del legislador, sino también sobre sus omisiones. De

Por lo tanto, y de acuerdo con lo preceptuado por la Corte Constitucional en la citada jurisprudencia, la omisión legislativa se produce:

- Al no expedir precepto dirigido a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución al legislador.
- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, se favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros.
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.
- Cuando el legislador, al regular o construir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Carta, sería una exigencia esencial para armonizar la norma con ella (v.gr. si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa).

---

acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar. En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.

### CAPITULO III

#### LINEA JURISPRUDENCIAL: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE NULIDADES

##### 3.1. Corte Suprema de Justicia

PROCESO	PROBLEMA JURÍDICO	RATIO DECIDENDI
23521 <sup>60</sup>	Gravísimo error advierte la Sala en el asunto bajo examen en relación con la imputación al momento de calificar el sumario, específicamente en relación con i) las circunstancias de agravación específicas y ii) con las modalidades de la conducta punible: Si bien es cierto que no existe discusión en lo fáctico, toda vez que –según el libelista- el padre putativo (nutricio – adoptivo - padrastro)	La Corte reitera su pensamiento pacífico en el sentido que, cuando la imputación difiere <u>del supuesto fáctico real</u> no puede ser tenida como fundamento <u>correcto</u> de la sentencia. Sencillamente porque <u>no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto</u> ; al encontrar una resolución de acusación acertada en lo fáctico (imputación fáctica) pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación

<sup>60</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Alfredo Gómez Quintero. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 23521 del cinco (05) noviembre de dos mil ocho (2008).

	<p>aceptó “en últimas” (sic.) la responsabilidad por el resultado (aunque a título de imprudencia y no de preterintención), la verdad es que <u>la Fiscalía de primera y segunda instancia no realizaron de manera correcta la imputación jurídica, y en relación con ello ninguna manifestación hizo el procurador judicial que participó en las instancias.</u></p>	<p>jurídica), la nulidad se impone como remedio.</p>
27283 <sup>61</sup>	<p>Lo que debe examinar la Sala se concentran en las peticiones de la defensa, las cuales se dirigen a (i) cuestionar la actividad desplegada por el defensor que intervino en el proceso para establecer si la misma se ajusta a los estándares mínimos exigidos para reclamar la violación de tal derecho y (ii) determinar si el fallo está cimentado con manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.</p>	<p>La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las</p>

<sup>61</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 27283 del primero (01) de agosto de dos mil siete (2007).

	<p>En lo que sigue, primero se determinará si existe nulidad por violación del derecho de defensa y, luego, de no existir la misma, se analizará el cargo referido a la valoración y apreciación probatoria.</p>	<p>sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas.</p> <p>Como lo tiene dicho la Sala, el derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares. En caso de vulneración del derecho de defensa no opera la convalidación, de modo que para subsanar la vulneración de esa garantía superior se impone invalidar todo lo actuado.</p>
29258 <sup>62</sup>	<p>Es evidente que, tal como lo destacan la defensa y la Fiscalía, el procesado no fue notificado en varias oportunidades a la dirección correcta, y así, se incurrió en trascendentes yerros procedimentales que podrían conducir a la nulidad de la actuación</p>	<p>En el asunto objeto de estudio advierte la Sala que si bien es cierto, el procesado sabía que en su contra se seguía proceso, por indebida remisión de las notas telegráficas, no conoció oportunamente de las audiencias y diligencias a las cuales podía asistir y, así, tener la posibilidad</p>

<sup>62</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 29258 del veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008).

	<p>seguida contra José Wildeiler Rendón, por el punible de receptación.</p>	<p>de ejercer su derecho de contradicción, acogerse a los beneficios propios de allanarse a los cargos o las estipulaciones probatorias. De allí que el yerro tiene la aptitud suficiente para derrumbar la estructura del proceso, es decir, tiene trascendencia, dado que, como acertadamente lo señala la Fiscalía en ésta instancia, no fue notificado en debida forma, especialmente en las audiencias de formulación de acusación y la preparatoria, escenarios instituidos para optar, si se quiere, por la aceptación o rechazo de los cargos. A causa de estas deficiencias, debe convenirse la violación a las garantías del procesado, quien a pesar de haber contado con defensa técnica a cargo de un defensor público, no contó con la posibilidad cierta de ocuparse de su defensa material que, al lado de aquella, conforma unidad inescindible.</p>
--	---	---

29415 <sup>63</sup>	<p>No concita discusión afirmar que uno de los pilares fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho es la justicia, garantía que se materializa, entre otras formas, a través de las decisiones de los jueces, las cuales deben estar unidas de unos atributos esenciales, entre ellos, sin lugar a duda, la independencia e imparcialidad de la que deben estar aquellos revestidos.</p> <p>En efecto, en todo sistema judicial un aspecto medular es conseguir que la justicia sea impartida por jueces independientes e imparciales y que la sociedad en general tenga una percepción objetiva de que efectivamente lo son, de suerte que el Estado ha de procurar, sin reservas, que en todo acto de juzgar concurren los requisitos para que las partes trabadas en el conflicto, y la comunidad, puedan afirmar que se está en presencia de</p>	<p>Según quedó evidenciado al consignar la síntesis de lo actuado, la actividad del juez de primer grado quebrantó el principio del juez imparcial, pues es manifiesto el abandono de su rol de tercero ajeno a las partes y desinteresado del objeto del proceso, cayendo en una actividad inquisitiva durante la práctica de las pruebas de orden testimonial.</p> <p>Con base en lo normado en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, como la Sala advierte que se desconoció la garantía fundamental del juez imparcial, es claro que de conformidad con su función constitucional y legal (artículo 181 ídem) está obligada a pronunciarse ordenando la nulidad de la audiencia de juicio oral, con el fin de que la misma se repita en su integridad ante un funcionario diferente.</p>
---------------------	---	---

<sup>63</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 29415 del cuatro (04) de febrero de dos mil nueve (2009).

	un juez dotado de esas características ya que sólo así podrá hablarse de un juicio que satisfaga la justicia	
29473 <sup>64</sup>	<p>Cabe recordar que en este asunto se aplicó la terminación anticipada del proceso con base en el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y el procesado, dentro del cual se acordaron los delitos a imputar y las penas principales a imponer.</p> <p>En tales condiciones, advierte la Sala que dicha actuación está viciada de nulidad por violación del debido proceso, en la medida en que se desconoció el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, preceptiva que es de imperiosa aplicación cuando se pretende la terminación anticipada a través de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso.</p>	<p>Resulta diáfano predicar que en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, surge indispensable dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto que el presupuesto del reintegro constituye motivo de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso.</p> <p>Así, no hay duda que la citada irregularidad condujo a la trasgresión del debido proceso, habida cuenta que el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado no se regló lo referido al reintegro por parte de Martínez Castillo del cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento patrimonial percibido por su actividad delincencial y, cómo se aseguraría el recaudo del</p>

<sup>64</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 29473 del catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009).

		<p>remanente, presupuesto imperativo de procedibilidad, máxime cuando éste aceptó que por emitir las providencias prevaricadoras recibió a cambio dinero, aspecto en el que también el propio acusado puede colaborar, sabiendo que él en contubernio con otras personas traficaron con la justicia en unos quinientos expedientes aproximadamente.</p> <p>Frente a lo anterior, surge recordar que el debido proceso, como lo ha dicho la Corte, constituye la sucesión integrada, gradual y progresiva de actos relacionados entre sí de manera directa o indirecta que se encuentran reglados en la ley para el reconocimiento del derecho material que se confronta con el trámite penal.</p>
30487 <sup>65</sup>	De la actuación procesal consignada en los antecedentes de esta providencia se tiene que, concluida la audiencia oral, el a-quo	Si la primera instancia anuncia el sentido del fallo de condena, el juez sólo puede dictar sentencia cuando finalice el incidente, para que las dos

<sup>65</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Ref: Exp. No. 30487 del cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009).

	<p>anunció el sentido del fallo, y el 3 de marzo siguiente profirió sentencia condenatoria <u>sin haber incorporado el incidente de reparación integral</u>, como lo ordena el inciso 3° del artículo 447 y el artículo 105 de la Ley 906 de 2004.</p> <p>El juez dio inicio al trámite del incidente de reparación, sin que hasta la fecha haya concluido, según lo verificado en los medios magnéticos, donde consta que está pendiente por culminar la audiencia de pruebas y alegaciones que ordena el artículo 104 del estatuto procesal de 2004.</p> <p>El Tribunal conoció del recurso de apelación, realizó audiencia de lectura de fallo y concedió el recurso extraordinario de casación, sin percatarse que el incidente de reparación NO hizo parte integral del fallo de primera instancia y que aún no ha culminado.</p>	<p>decisiones queden incorporadas en un solo acto, procedimiento que no se cumplió en el presente caso, como ya se dejó visto.</p> <p>La irregularidad advertida obliga a casar oficiosamente la sentencia impugnada, para, en su lugar, retrotraer el trámite exclusivamente a lo que en estricto sentido sea indispensable para el restablecimiento del derecho afectado, contexto dentro del cual se invalidará desde el momento inmediatamente posterior al anuncio del sentido del fallo</p>
--	--	---

30942 <sup>66</sup>	<p>Tras consultar el registro auditivo de la audiencia preparatoria en cuyo desarrollo el Magistrado de Control de Garantías de la Unidad de Justicia y Paz de la ciudad de Barranquilla tomó la decisión impugnada de dictar medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del mencionado por los delitos de concierto para delinquir agravado, desplazamiento forzado, porte ilegal de armas y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, homicidio (en concurso homogéneo y sucesivo) y secuestro (también en concurso homogéneo y sucesivo), advierte que carece de adecuada motivación.</p> <p>En ese sentido, comiencese por precisar que cuando la Sala ha asumido el estudio de esta temática, ha precisado que tal situación se verifica frente a una cualquiera de las</p>	<p>A juicio de la Sala, la determinación objeto de estudio por razón de la impugnación propuesta, se enmarca en el primer defecto de motivación aludido, esto es, en tanto carece absolutamente de fundamentación o argumentación en punto de establecer uno de los presupuestos indispensables para decretar la medida restrictiva de la libertad de detención preventiva, como lo es indicar de qué forma de los elementos materiales de prueba o evidencia física se infiere razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de las conductas delictivas investigadas, a la luz de lo previsto en el primer inciso del artículo 308 de la Ley 906 de 2004.</p> <p>En el caso de la especie se constata que el Magistrado de Control de Garantías de la Unidad de Justicia y Paz de la ciudad de Barranquilla en su decisión de decretar medida de aseguramiento en contra del imputado, se sustrajo</p>
---------------------	--	---

<sup>66</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dra. María del Rosario González de Lemos. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 30942 del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009).

	<p>siguientes hipótesis:</p> <p>i) Porque la decisión carece totalmente de motivación, al omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.</p> <p>ii) Porque la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.</p> <p>iii) Porque la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,</p> <p>iv) Porque la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo.</p>	<p>al primer análisis aludido relativo a la valoración de los elementos materiales de prueba y evidencia física orientada a inferir razonablemente su posible autoría o participación en cada uno de los delitos.</p> <p>A cambio de ello, tal como se puede constatar tras consultar el respectivo registro auditivo de la audiencia preliminar, el funcionario optó por la fórmula facilista y genérica de señalar que la medida era viable conforme a los elementos cognoscitivos ofrecidos por la Fiscalía al solicitar su imposición, sin acometer el más mínimo análisis sobre el particular, máxime cuando auscultados dichos elementos se advierte que exhiben deficiencias respecto de algunas de las ilicitudes cobijadas con la medida de aseguramiento.</p> <p>Dada la naturaleza exceptiva de la medida y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, el juez de garantías ha debido respecto de cada uno de los delitos imputados examinar si de los</p>
--	---	---

		elementos materiales de prueba ofrecidos por la Fiscalía en verdad se infería razonablemente la probable autoría o participación del imputado, proceder que brilla por su ausencia.
30968 <sup>67</sup>	<p>La limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado principio de irretractabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.</p> <p>Por supuesto que si el convenio o la aceptación de cargos que ponen fin a la actuación, comportan irregularidades que,</p>	En el presente caso el actor al amparo de un inexistente motivo de anulación del proceso, pretende en realidad desconocer el allanamiento que de conformidad con las disposiciones legales y con respeto por sus garantías fundamentales, hizo el acusado en relación con el cargo que se le imputó por el delito de secuestro extorsivo.

<sup>67</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No.30968 del diecisiete (17) de junio de dos mil nueve (2009).

	<p>eventualmente, conspiren contra las garantías del acusado o contra la estructura del proceso, serán susceptibles de examen en sede de casación siempre y cuando se cumpla con los requisitos de correcta proposición y debida argumentación del cargo, amén de que el caso amerite un pronunciamiento de la Corte encaminado a cumplir alguna de las finalidades del recurso, bien porque deba alcanzarse la efectividad del derecho material, asegurarse el respeto por las garantías fundamentales de los intervinientes, reparar los agravios que se les hubiere inferido o propender por la unificación de la jurisprudencia.</p>	
31280 <sup>68</sup>	<p>Si bien es cierto que el hecho objetivo de haber causado la muerte a otro no se trasmutó, es claro que una conducta amoldada a una descripción típica en ocasiones puede</p>	<p>Para el fin anterior, de acuerdo con la solución menos traumática y principalmente, acudiendo al argumento consecuencialista, con la mensurabilidad de las variables (teoría de la</p>

<sup>68</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No. 31280 del ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

	<p>resultar no delictiva, por ello, el funcionario investigador debe distinguir entre establecer la muerte violenta de un hombre por otro y averiguar las circunstancias en que la misma se produjo, verificando si mediaron actos que le restaban toda ilicitud o que degradaban la responsabilidad.</p> <p>Efectivamente, para el momento de la formulación de imputación la Fiscalía debió contar con el estudio de las particularidades del hecho, no con una apreciación en abstracto ante la muerte violenta de una persona, sino en concreto, no como hubieran podido ser los sucesos, sino como los apreciaron los protagonistas y lo develaban los datos objetivos.</p> <p>Retomando el tema en cuestión, dada la realidad procesal atrás reseñada surgen dos interrogantes, si como respuesta a la afectación de las garantías del procesado debe anularse la actuación a fin de retrotraerla</p>	<p>decisión) se deberá analizar aquellas dos proporciones condicionales y en ese sentido establecer las consecuencias tanto de declarar la nulidad, como de reconocer la aludida diminución de responsabilidad.</p> <p>La labor del operador judicial y, en este caso de la Corte Suprema de Justicia como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales, no puede quedarse en la simple aplicación de la ley, la labor hermenéutica ha de nutrirse de muchas aristas, aquí específicamente la variable que representa la anulación desde la audiencia de formulación de imputación y por ende de todo el diligenciamiento, si bien acarrea como efecto inmediato la libertad incondicional del procesado (pues al quedar sin efecto tal audiencia, significa que no hay imputado), ello no se compadecería con los fines de proceso, más concretamente con el propósito racional de economizar jurisdicción cuando se trata de un procedimiento abreviado.</p>
--	---	---

	<p>al momento apropiado para que la Fiscalía adecuadamente proceda a la formulación de imputación ante el juez de control de garantías, o si es dable a esta altura procesal un fallo de sustitución en el cual se reconozca a favor de PORRAS OSORIO la diminuyente del exceso en la legítima defensa.</p>	<p>Además, la inicial deficiencia en la labor investigativa de la Fiscalía redundaría en últimas en mayores cargas para el sujeto pasivo de la acción judicial penal al verse nuevamente avocado al proceso, máxime cuando al comparar las consecuencias de la segunda proposición condicional relacionada con aceptar la diminuyente de responsabilidad se advierte que el resultado de la libertad de PORRAS OSORIO se obtendría ya no por una falla del sistema judicial, sino por el hecho evidente de haber cumplido la pena.</p>
33989 <sup>69</sup>	<p>El Principio de Concentración se opone al de permanencia de la prueba, que regía en la Ley 600 de 2000 y en estatutos procesales anteriores, e implica que el juicio (i) es el escenario en el que, por regla general, se practican las pruebas; (ii) que debe ser continuo, salvo que se esté ante una situación sobreviniente y grave que lo impida, caso en el</p>	<p>La Corte, en sentencia del 4 de marzo de 2009, encontró que las suspensiones dispuestas en el juicio adelantado contra un adolescente encuadraban dentro de esas excepciones en tanto “obedecieron a causas sobrevinientes de especial gravedad, tales como la importantísima oportunidad de escuchar en declaración a la víctima, en otra la inasistencia del acusado y en la</p>

<sup>69</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Ref: Exp. No. 33989 del nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

	<p>cual podrá suspenderse por el tiempo que ella dure; (iii) que debe tener una secuencia necesaria, racional en el tiempo, de modo que no afecte la memoria de lo sucedido en la audiencia, y (iv) que debe ser presidido por un mismo juez. La concentración, en criterio de la Sala, tiene por los menos cinco alcances.</p> <p>Ahora bien, el mismo artículo 454 prevé la posibilidad, excepcional, de que la audiencia del juicio se suspenda. Empero, establece que ello sólo puede tener lugar ante situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad y cuando no exista otra alternativa viable, caso en el cual la interrupción podrá extenderse únicamente por el tiempo que dure ese fenómeno</p>	<p>siguiente la inasistencia del defensor, todas ellas suficientes para advertir su trascendencia en el aporte demostrativo de la conducta investigada o en la legitimidad del trámite, so pena de acarrear su invalidación.”</p>
31900 <sup>70</sup>	<p>El alcance anulatorio de las ilegalidades cometidas en las actividades de investigación y de captura y la oportunidad para el control</p>	<p>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</p>

<sup>70</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No.31900 de agosto 24 de dos mil nueve (2009).

	judicial de las mismas	<p>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.</p> <p>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.</p>
--	------------------------	---

### 3.2. CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA	PROBLEMA JURÍDICO	RATIO DECIDENDI
C-591-2005 <sup>71</sup>	NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILÍCITA EN PROCESO PENAL	<p>Los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.</p> <p>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</p>

<sup>71</sup> CORTE CONSTITUCIONAL., M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, D.C.: Ref: Exp. Sentencia C-591/05 del nueve (09 ) de junio de dos mil cinco ( 2005 ).

		derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.
C-591-2005	NULIDAD POR VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN PROCESO PENAL	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. 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.

C-1154-2005 <sup>72</sup>	NULIDAD DERIVADA DE PRUEBA ILICITA EN PROCESO PENAL	Los cargos contra los artículos referidos se circunscriben a la posibilidad misma de que en un sistema acusatorio existan pruebas anticipadas, o sea a la permisión de la práctica de pruebas en momentos diferentes al del juicio oral y público. Los apartes que se han demandado hacen alusión a la prueba anticipada como institución en el nuevo sistema penal acusatorio y no existe un desarrollo en la demanda que permita vislumbrar un argumento diferente al ya analizado por la Corte.
---------------------------	---	--

---

<sup>72</sup> CORTE CONSTITUCIONAL., M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. Sentencia C-1154/05 del quince (15) de noviembre de dos mil cinco (2005).

## **CAPÍTULO IV**

### **4. DERECHO COMPARADO RÉGIMEN DE NULIDADES**

Como un aporte imprescindible desde el punto de vista de revisión bibliográfica y de reflexión crítica sobre el tema de las nulidades procesales penales, es pertinente incursionar en el tratamiento que de ellas, hacen otros ordenamientos jurídicos, que son equivalentes o semejantes al sistema jurídico colombiano, a fin de tener elementos suficientes de juicio como para dar una solidez al marco teórico. En consecuencia, a continuación se formulará en primer término una descripción de los sistemas argentino y español.

Es posible que en algunos casos se encuentren figuras o instrumentos que puedan trasladarse al ordenamiento jurídico interno colombiano, pero en otros casos, pueden hallarse diversas figuras respecto de las cuales, por su puntualidad en cada legislación, resultaría bastante complejo y contraproducente realizar dicho traslado o comparativo.

No obstante, permite tener una idea más o menos cercana a la realidad jurídica del tema de las nulidades en otras legislaciones, que en todo momento se ha tornado como fuente enriquecedora al tema motivo de la presente investigación.

#### **4.1 Legislación Argentina**

Artículo 26. Código Penal. La única norma que expresamente la contempla, es la contenida en este articulado, que establece bajo pena de nulidad, que la condena

de ejecución condicional o condenación condicional, conforme la terminología legal, deberá ser fundada en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.<sup>73</sup>

Así, la concesión de la condenación condicional, al decir de Ricardo Núñez<sup>74</sup>, no es una potestad discrecional del Tribunal, sino una potestad reglada. Sin embargo, este principio por el cual las penas siempre son de cumplimiento efectivo -salvo que, por distintas circunstancias previstas en la ley, se puedan dejar en suspenso- no se aplica en la práctica judicial.<sup>75</sup>

“LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. Suele definirse 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. 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."<sup>76</sup>

CLASES DE NULIDAD. 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 (en especial en los códigos

---

<sup>73</sup> En este sentido CCCF ed, Sala II "Avila Hugo", 23/11/90 publicado en LL, 1991-III, Síntesis

<sup>74</sup> Las disposiciones generales del Código Penal, Editorial Lerner, Córdoba, 1988, pág. 88.

<sup>75</sup> <http://www.scribd.com/doc/21226121/Nulidades-Procesales-Sergio-Torres>

<sup>76</sup> De Quirós y Rodríguez, ob. cit. p. 21

modernos) (cfr. en este aspecto ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, en ps. 27 y ss.).

Las 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"<sup>77</sup> y no sólo por la "parte" interesada, que no pueden ser convalidadas o sanadas<sup>78</sup>, pudiendo ser alegadas en cualquier estado del proceso y que son de carácter excepcional. (Cfr. ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 30, 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 nulidades relativas, son en principio, aquéllas que no deben ser consideradas insanables o no convalidables (Cfr. ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 32), 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. Las características básicas de esta clase de nulidades son las

---

<sup>77</sup> 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 distingo 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".

<sup>78</sup> El concepto de "sanatoria" también ha sido criticado, siendo más oportuno hablar de "convalidación" del acto imperfecto o viciado. (Cfr. al respecto ob. cit. de CARNERUTTI, p. 196).

siguientes; 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). ch) Deben ser opuestas dentro de los plazos o momentos procesales señalados por la ley (art. 148 ibid). d) Son subsanables o convalidables de acuerdo con las circunstancias que establece la ley (art. 149 ibid).

EFFECTOS DE LA NULIDAD. 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.

CLASES DE NULIDAD EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL PENAL. Nuestro Código Procesal Penal no establece el distingo referido anteriormente utilizando las denominaciones que fueron comentadas, sino que se refiere 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. (Cfr. sobre este tema, ob. cit. de Dall'anese y Llobet, en ps. 85 y 86).

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 (v.g. el principio del debido proceso -art. 41 de la Constitución Política-; el principio del non bis in idem -art. 42 ibid-; el principio del juez legal o natural -art. 35 ibid- etc.)," la nulidad debe declararse de oficio según se explicó.

Por último debe decirse que la moderna doctrina (bastante inclinada por ir eliminando los motivos de nulidad que no sean de verdadera importancia), así como la moderna jurisprudencia de tribunales españoles y argentinos, han venido determinando que no deben decretarse nulidades por el mero interés de la ley o por la simple salvaguarda de las formas (Cfr. al respecto ob. cit. de De Quirós y Rodríguez, p. 21), sino que en cualquier caso, aún para las nulidades absolutas o declarables de oficio, debe observarse el

principio del interés (que la mayor de las veces se traduce en un efectivo o potencial perjuicio).

Debe, pues, abandonarse de una vez para siempre, el frágil y engañoso principio de la "nulidad por la nulidad misma", al cual a veces acudimos los jueces en forma casi inconsciente, para intentar remediar alguna situación que ante nuestros ojos aparece como defectuosa, pero que no necesariamente afecta el desarrollo normal del proceso".<sup>79</sup>

**Análisis.** De acuerdo con las referencias que la Red Mundial de Datos Internet, tiene dispuesta de forma pública, se puede deducir que el sistema penal argentino, en lo que concierne a las nulidades procesales penales, no presenta un acápite específica para el régimen de las nulidades, sino que en cada una de las instituciones y etapas del proceso va indicando las posible causas o motivos que pueden dar origen a una invalidación del mismo.

En el artículo 34<sup>o</sup> de dicho ordenamiento, donde se establecen los deberes del juez, se considera como causal de nulidad del proceso, la inasistencia de éste a las audiencias de pruebas y la fundamentación de la jerarquía normativa y el principio de la congruencia, de acuerdo con la cual, las nulidades persiguen un interés que va más allá de la literalidad de las normas, toda vez que se requiere un perjuicio adicional probatorio de un verdadero interés para ser declarada; es decir, tal declaratoria supone que además de encuadrar el hecho en la forma legal del mismo, debe advertirse adicionalmente un perjuicio para el proceso.

---

<sup>79</sup> HOUED V. Mario. Las nulidades en el Proceso Penal. Resumen de dos charlas impartidas en el Colegio de abogados. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2001/houed01.htm>. Noviembre de 1988.

## 4.2. Legislación Española<sup>80</sup>

Las nulidades procesales a que se refieren las disposiciones legales vigentes quedan resueltas o subsanadas en el curso de las dos instancias; excepto las insubsanables y deben declararse por el juez o Cámara de oficio o a pedimento de parte, o bien reclamarse mediante el recurso de casación (Sentencia 1232 Cam. S.S. Sala de lo Civil, a las trece horas del día treinta de junio de dos mil).

En cuanto a las características de las nulidades, estas pueden ser estudiadas de acuerdo a su clasificación; depende si es nulidad relativa o absoluta, así serán los efectos que producirán con respecto a los actos afectados por las nulidades, por ello, tendrán sus propias características, sin embargo existen características comunes a todo tipo de nulidades:

Características generales. Se considera una sanción legal es decir, que la nulidad opera como una forma de limitación a las actuaciones procesales que se ven afectadas por las mismas, cuando los actos o actuaciones incumplen con los requisitos necesarios que la ley establece, por lo tanto la fuerza de las nulidades se encuentra en su carácter imperativo legal, las nulidades no dependen del arbitrio de los juzgadores, es decir, no pueden ser creadas por ellos.<sup>81</sup>

Ni tampoco están sujetas a la voluntad de las partes que intervengan en el proceso. Por tanto, al decir que las nulidades son una sanción,

---

<sup>80</sup> <http://www.buenastareas.com/ensayos/Las-Nulidades-Procesales/271796.html>

<sup>81</sup> SARAIVA NOVOA, Flor de María; monografía: Nulidades en el Proceso Penal; Trabajo de grado para optar el título académico de licenciada en Ciencias Jurídicas. Universidad Francisco Gavidia. San Salvador, El Salvador. Enero de 2007.

debe tomarse en cuenta, que se refiera a que las nulidades causan una privación de los efectos propios de los actos jurídicos procesales, ya que cuando un acto procesal es declarado nulo, este pierde eficacia dentro del proceso.

La nulidad en sus orígenes era considerada como un recurso Extraordinario, con la evolución del Derecho español, esta se fue limitando, quitándole la categoría de recurso extraordinario. En la actualidad no es considerado un recurso. La nulidad no debe verse como un recurso aunque se encuentre en las disposiciones relativas a los recursos.

La nulidad es una institución *sui generis*, es decir, es de carácter especial y por ende su naturaleza es, ser especial y debe de contener las formalidades para su alegación las pertinentes al escrito de interposición de una demanda.

**Análisis.** En el ámbito jurídico español, el incumplimiento de los requisitos y presupuestos relativos a los actos procesales, provoca que dichos actos sean nulos, anulables o irregulares. La nulidad absoluta se presenta cuando en el acto procesal se avista la existencia de irregularidades de carácter insubsanable, que imposibilitan el logro de los efectos, que del acto se esperan. En tal caso, la nulidad puede ser declarada tanto por solicitud de parte del interesado, como también de oficio por el juez. Tal declaratoria produce efectos desde el momento de la realización del acto irregular.

Los actos irregulares son aquellos realizados con infracción de algún requisito de menor entidad, infracción que, como máximo, solamente da origen a corrección y

responsabilidad disciplinaria, con la correspondiente sanción, pero permaneciendo el acto subsiguiente y eficaz.

Si habiéndose examinado el ordenamiento jurídico en su conjunto, se observa que, del defecto en la actuación procesal no se sigue consecuencia alguna en el plano procesal, se está en presencia de un acto irregular. En caso de presentarse duda entre si el acto viciado es anulable o irregular, la solución se orienta a tomarlo como irregular.

La nulidad relativa o anulabilidad es la que se produce como consecuencia de defectos o vicios subsanables; sólo puede ser declarada a solicitud de la parte afectada, nunca de oficio, y esa declaratoria surte efectos desde ella misma. Específicamente se trata el tema en el Capítulo III, Título III, Libro III, de la Ley Orgánica de Procesamiento Judicial (LOPJ), pero la respectiva regulación es un tanto genérica y en algunos casos imprecisa, dado que no ofrece claridad en cuanto a las normas aplicables respecto de los tres fenómenos: nulidad absoluta, anulabilidad e irregularidad. La Ley Orgánica de Procesamiento Judicial (LOPJ) hace relación al régimen de las nulidades procesales en la primera parte y se dirige a procurar el tratamiento de la figura de la nulidad absoluta; es así como el artículo 230 tipifica las causales de nulidad de pleno derecho:

Realizarse el acto con manifiesta falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional, bajo violencia o intimidación racional o fundada de un mal inminente y grave y, prescindiendo total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia o defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

## **CAPITULO V**

### **5. DISEÑO METODOLÓGICO**

#### **5.1. METODOLOGÍA PROPUESTA**

Para lograr desarrollar los objetivos trazados, se expondrá la teoría sobre las nulidades, se analizarán sentencias en materia de nulidad, finalmente se realizará un proceso comparativo entre las normatividades antecesoras a la Ley 906 de 2004 con el objeto de lograr demostrar que la omisión legislativa en el procedimiento al momento de proponer y resolver nulidades, afecta derechos y garantías fundamentales de las partes que intervienen en el mismo y posteriormente se dará a conocer los derechos fundamentales vulnerados por el operador judicial al momento de realizar su tarea.

El proceso investigativo, estará orientado a demostrar que en la práctica, esa omisión legislativa, puede afectar no solo derechos y garantías fundamentales, sino la seguridad jurídica de las personas que intervienen en el proceso penal, y aún de la sociedad en general.

En este trabajo se utilizará el método evaluativo en forma aleatoria, dentro de los fallos proferidos por Jueces con funciones de control de garantías, de conocimiento, Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El tipo de investigación propuesto es crítico social, dado que se trabaja con una temática que involucra a la sociedad, intentando hacer visible las arbitrariedades que se pueden cometer con las personas, que participan de diferente forma en el Proceso Penal Oral Acusatorio.

Igualmente se considera investigación de revisión bibliográfica y de reflexión crítica sobre la misma, dado que estará soportada en sentencias recientes impartidas dentro de los diferentes Distritos Judiciales del territorio nacional, donde se vislumbra una diáfana vulneración de los derechos fundamentales de las partes que interviene en el referido proceso.

## **5.2. ARGUMENTO PRÁCTICO**

A continuación se exponen casos reales y concretos, en lo que hace referencia al tema de nulidades, el procedimiento para proponerlas y la posible solución por parte de la autoridad competente, teniendo en cuenta que se cita el problema jurídico, la solución entregada por los jueces y Tribunales correspondientes para cada caso. En las sentencias que a continuación se relaciona, se puede ver reflejado el tema motivo de la presente investigación, y la forma en que éste es aplicado por la autoridad competente, teniendo en cuenta extractos de las providencias:

**i) Dentro del proceso identificado con código único de investigación 764006000173-200900650**, adelantado contra David Rojas Bermúdez, la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, imputó a aquel, el cargo de Conservación o financiación de plantaciones contenido en el artículo 376 del Código Penal, tal como originalmente tenía la pena de prisión, esto es, de seis (6) a doce (12) años, y multa de doscientos (200) a mil quinientos (1500)

salarios mínimos legales mensuales vigentes, olvidando que el artículo 14 de la Ley 890 incrementó tales penas en la tercera parte respecto del mínimo y en la mitad respecto del máximo, con lo cual se violó el principio de tipicidad estricta, pues esta debe predicarse no sólo de los delitos sino de las penas, igualmente, se vulneró el principio que trata el artículo 29 de la Carta Magna, la cual, al respecto determina que “Nadie podrá ser juzgado sino *conforme a las leyes preexistentes* al acto que se le imputa...”.

A pesar de lo anterior, cuando el abogado defensor, diferente a quien acudió a las audiencias preliminares, y en cumplimiento del artículo 339 solicitó la nulidad de la imputación, el juez de conocimiento determinó que allí no existía violación al debido proceso porque era deber del abogado informarle al acusado que la fiscal se había equivocado y que la pena no correspondía a la anunciada, sino a una mayor, argumento que fue compartido por la sala penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en cabeza de sus magistrados, bajo el argumento adicional que no se había violado ninguna norma legal y menos constitucional.

Dentro del procedimiento del caso anterior, al momento de legalización de la captura, el juez de control de garantías determinó que no se había violado el debido proceso cuando el indiciado fue puesto a disposición del Fiscal treinta horas después de su captura, en contravía de lo ordenado en inciso segundo del artículo 228 que ordena poner al capturado inmediatamente a ordenes del fiscal, junto con el respectivo informe, bajo el argumento de que no se le había violado el debido proceso porque el integrante de la policía judicial había informado vía telefónica al fiscal de la captura, y además él no veía señales de que hubiere sido torturado o hubiere sido sometido a algún vejamen y que por lo tanto, la violación de un precepto legal de carácter procedimental no implicaba la violación de derecho o garantía fundamental alguna.

**ii) En el proceso radicado al número 630016000033-2008-01512**, el día ocho de junio de 2008, fue capturado el señor Jairo Andrés Rodríguez Arias, por habersele encontrado en su poder tres tacos que contenían sustancia vegetal que sometida a la prueba de identificación preliminar homologada, arrojó positivo para marihuana, con un peso neto de 39.4 gramos. Al momento de hacersele la imputación, el fiscal de turno ofreció el beneficio de rebaja de pena prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, "*En caso de no tener antecedentes penales dentro de los últimos cinco años*", beneficio que le fuere negado luego de la aceptación de cargos, por el juez de instancia por ostentar antecedentes penales, situación que llevó al abogado defensor a interponer recurso de apelación en cuya sustentación solicitó la nulidad de lo actuado por violación de derechos y garantías fundamentales del procesado, en alusión al artículo 29 de la Carta Política, toda vez que en la Ley Procedimental Penal, no se consagra expresamente tal motivo de nulidad.

Desatado el recurso de apelación, el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Armenia, Sala de decisión Penal, otorgó la razón al defensor, en el sentido que la imputación no sólo debe ser fáctica y jurídica, sino además clara y concisa con relación a los beneficios o situaciones que se le puedan conceder al indiciado, declarando la nulidad de lo actuado, porque, en su criterio "en la medida que el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 29 de la Carta Política, como una de las garantías sustanciales y procesales que lo integran consagra el principio de legalidad, debe inferirse que el mismo se vulnera cuando no se le concreta al imputado, antes de hacer la manifestación sobre si se allana o no a los cargos, acerca de si tendrá o no derecho a la rebaja de pena consagrada en el canon 351 del Código de Procedimiento Penal".

**iii) En el proceso radicado al número 630016000083-2008-00094**, la Fiscalía General de la Nación por medio de su delegado, tras determinar que habían estafado a varias personas bajo la misma modalidad, imputó a Ibari Caballero Vargas y María de Jesús Vargas de Caballero, cargos por el “concurso “de las conductas punibles de falsedad en documentos públicos como delito masa en concurso con el de estafa, los cuales fueron aceptados por los imputados.

El juez de conocimiento indicó que no era viable hablar de concurso de conductas y a la vez de delito masa como se hace frente al uso de documentos público falso, por cuanto el alcance y finalidad pretendidos por una y otra figura jurídica son diversos, precisando que es deber de la Fiscalía fundamentar en la formulación de la imputación o acusación, según sea el caso, probatoria y jurídicamente, las razones para optar por una conducta punible y no por otra considerando que esa situación constituye una transgresión al principio de legalidad de los delitos y de las penas, argumentos con base en los cuales decretó la nulidad de formulación de acusación, decisión que fuere impugnada por la Fiscalía.

En contraposición, la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal del Distrito Superior de Armenia, consideró que lo que se incurrió fue en una “indebida utilización del lenguaje jurídico; consecuentemente, no evidencia un entendimiento equivocado sobre la naturaleza, alcance contenido de las dos figuras del derecho penal en mención por parte de la funcionaria que representó al ente acusador en dicha diligencia, muchos menos que haya formulado un concurso de conductas punibles de uso de documentos público falso y a la vez haya indicado que el mismo debía considerarse como delito masa”.

**iv) En proceso que se adelanta contra el ex alcalde de Armenia**, David Barros Vélez, el ente acusador solicitó en la audiencia preparatoria se tuviera

como elemento material probatorio carta rogatoria enviada por el Gobierno de los Estados Unidos con el fin de probar la existencia de una conducta punible de enriquecimiento ilícito. La mencionada carta rogatoria, se había obtenido por virtud de convenio bilateral de cooperación judicial recíproca existente entre los Estados Colombiano y Estadounidense, pero no había sido traducido del Inglés al Español, por lo que la defensa solicitó la exclusión de tal medio probatorio, solicitud que fue concedida por el juez de conocimiento e impugnada la decisión por parte del ente acusador.

Desatado el recurso, la Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal del Distrito Superior de Armenia, ordenó la traducción del documento, amparada en lo prescrito en el artículo 428 de la Ley 906 de 2004, aún a pesar de la oposición de la defensa que consideró que se estaba decretando una prueba de oficio por parte del juez colegiado, toda vez que la orden de traducción debe provenir única y exclusivamente de un juez con funciones de control de garantías.

**Análisis.** Como queda evidenciado en las jurisprudencias antes referenciadas, allí se interpreta de diversas formas el concepto de la nulidad sustancial, en diferentes casos y circunstancias, lo que corrobora el argumento práctico de la investigación, y donde se puede apreciar en casos, la violación de derechos fundamentales, caso concreto en la última providencia en la cual, como ya se dijo, se decretó una prueba de oficio, la cual está prohibida.

Como se consignará en las conclusiones finales, es evidente que en algunos casos, la omisión legislativa tratada puede conllevar a interpretaciones por parte de los operadores judiciales que conducen a la afectación de derechos y garantías no sólo de los encartados sino de las víctimas.

### **5.3. PLAN DE INVESTIGACIÓN**

El trabajo investigativo se desarrolla en diferentes etapas, las cuales se complementan unas con otras en forma cronológica de la siguiente manera:

5.3.1 Inicialmente se hace necesario la búsqueda, viabilidad y adecuación del problema a investigar, para lo cual se debe recolectar la información idónea que será procesada con el fin de tomar decisiones en cuanto la factibilidad del proyecto investigativo.

5.3.2 En segunda instancia, se procede a desarrollar cada una de las partes de trabajo, digitalizarlo y

5.3.3 Por último, la entrega del trabajo investigativo para la revisión correspondiente y sustentación ante jurados.

## 5.4 PLAN OPERATIVO

### 5.4.1 Fases del proyecto y cronograma

Periodos Semestres Actividades	1				2				3				4				5			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Escogencia del tema, presentación del anteproyecto para su viabilidad. Adecuación del problema a investigar.	■	■	■	■																
2. Consulta en fuentes bibliográficas (universidades) a nivel local, regional e internet con la finalidad de recopilar jurisprudencia, doctrina y normatividad para empezar a desarrollar las etapas del proyecto.					■	■	■	■												
3. Sistematizar y procesar la información recopilada para la toma de decisiones dentro de la primera etapa del trabajo.					■	■	■	■	■	■										
5. Presentación del trabajo inicial ante tutor.											■	■								
6. Correcciones y búsqueda en base de datos sobre antecedentes del problema a investigar.													■	■	■					
7. Redacción final y entrega del trabajo																	■	■	■	
8. Revisión final y sustentación ante jurados																			■	■

## 5.4.2 Presupuesto

CONCEPTOS FUENTES	DETALLE DE INVERSIÓN	VALORES PARCIALES	VALORES TOTALES
<b>Personal</b> Inversión tiempo convertido en honorarios x 5 semestres.	3.000.000.oo	15.000.000.oo	15.000.000.oo
<b>Gastos</b> de transporte y otros (refrigerios y alimentación)	X 5 semestres	1.000.000.oo	5.000.000.oo
<b>Materiales y suministros</b> Digitación trabajo Impresiones Fotocopias Recopilación de información	150 hojas 600 hojas 1000 hojas	150.000.oo 300.000.oo 100.000.oo 500.000.oo	1.050.000.oo
<b>SUBTOTAL</b>			21.050.000.oo
<b>Imprevistos 5%</b>			1.052.500.oo
<b>COSTO TOTAL</b>			<b>22.102.500.oo</b>

PRESUPUESTO POR RUBROS	
Personal	15.000.000.oo
Logística	5.000.000.oo
Recursos Físicos	1.050.000.oo
<b>TOTAL</b>	<b>21.050.000.oo</b>

## **CAPITULO VI**

### **6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **6.1 CONCLUSIONES**

La Ley 906 de 2004 no es propiamente explícita en materia de ineficacia de los actos procesales; es más, en nuestra opinión, este es uno de los aspectos en los que puede advertirse un marcado retroceso en relación con las legislaciones anteriores. Desde finales de la década de los 80, la legislación procesal penal colombiana entró en un proceso de reconceptualización de sus instituciones, que bien podría decirse que fue el inicio del recorrido hacia la implementación de un procedimiento de tendencia acusatoria; y uno de los aspectos más trascendentales en esa evolución fue la regulación de la temática de las nulidades desde una perspectiva de vanguardia, que incluyó la incorporación a la legislación de varios criterios normativos orientadores de la declaratoria de nulidades.

Como se pudo apreciar a lo largo de la presente investigación, la nulidad es un mecanismo extremo, residual, que solo debe emplearse cuando no sea posible corregir los errores o vicios de procedimiento de manera alternativa. En otras palabras, la nulidad no debía entenderse como una respuesta necesaria ante cualquier ritualidad, y mucho menos como un instrumento de estrategia procesal, sino como la consecuencia jurídica de errores o vicios de procedimiento que no son susceptibles de rectificación de una manera distinta.

Con el propósito de darle alcance a esta forma de entender las nulidades, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diversos criterios normativos, a través de los cuales se puede descartar, en la mayor parte de los casos, la pertinencia de una declaratoria de nulidad. Entre tales criterios normativos se encuentran los de taxatividad, protección, instrumentalidad de las formas, convalidación, carácter residual y trascendencia. La ley 906 de 2004 sólo menciona el de taxatividad, con lo cual, pareciera darse un retroceso de casi un siglo en la evolución de la temática de las nulidades.

En este orden de ideas, la doctrina que se ha tomado en el ámbito jurídico interno, ha aceptado los conceptos de: nulidades constitucionales o supralegales, y nulidades legales: las primeras advierten las que sin estar expresamente acatadas en el Código, surgía de las violaciones o derechos consagrados en la Constitución Política, que con el desarrollo de la Ley 600 del año 2000, la distinción carece de sentido, pues tal normatividad dio a todas las causas de nulidad un carácter legal taxativo, o restrictivo, lo cual fue consagrado en su artículo 310-6.

Pero atendiendo a lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, el articulado 458 reafirma el anterior criterio legislativo; al mismo tiempo en excepcionales ocasiones, con el afán de proporcionar claridad a algunos temas o de igual forma para evitar discusiones, el legislador excluye también de manera expresa la nulidad para situaciones concretas, tal es el caso del artículo 50 de la citada Ley, que en su inciso 2º.

De igual forma, el art. 457 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso 2º define que: *“los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento”*. Teniendo en cuenta la jurisprudencia de

la Corte Constitucional, organismo que mediante la Sentencia C-591 del año 2005, declaró la exequibilidad condicionada de lo subrayado.

De otra parte, la taxatividad de las causales de nulidad, son el desarrollo del principio de legalidad, en virtud del cual el hecho generador de una sanción tan drástica, precisa o inapelable, -invalidez total o parcial del proceso-, debe estar previamente contemplado en la ley para que, de la misma forma, pueda ser conocido por el funcionario, las partes y los intervinientes. De lo contrario el juez no podrá decretarla.

Es importante tener en cuenta que la descripción de cada una de las causales de nulidad que hace el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, por tratarse de una comprensión general, concede unos márgenes de amplitud interpretativa tanto al juez como a las partes, de igual manera, la nulidad por violación al derecho de defensa o al debido proceso es consagrada únicamente en aspectos sustanciales, lo cual impone que ésta causal de nulidad deba derivarse específicamente para cada caso, en orden al establecimiento del origen y naturaleza de la respectiva violación que determina la invalidez total o parcial de lo actuado.

Haciendo alusión a la ley 600 de 2000, se pensara que han desaparecido la clasificación de las nulidades en legales y supralegales o, por lo menos, la misma carece de importancia. Las causas que generan nulidad dentro de un proceso penal son, de manera restrictiva, las que se encuentran enmarcadas y que han sido nombradas a lo largo de la presente investigación, en el artículo 455, 456 y 457 respectivamente del Código de procedimiento penal.

Ahora bien, después del análisis llevado a cabo, acorde con lo preceptuado en la presente investigación, se llega al fin, para analizar lo concerniente a la: “Nulidad

por violación de garantías fundamentales”, según lo preceptuado en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, donde, desde su propia descripción normativa exige que las irregularidades que trata, sean sustanciales, es decir, trascendentales o importantes, sin que a juicio interese su notoriedad, o sus niveles de manifestación extrema dentro del proceso, dicho lo anterior, cuando no se afectan los derechos de terceros, sino de uno en particular, es a éste finalmente a quien se le viola su derecho, y quien está en capacidad de demostrarlo, siempre y cuando tenga esa capacidad, o que la asesoría prestada en su momento, sea la adecuada.

No es difícil definir el alcance, precisión y amplitud de esta causa de nulidad, como quiera que, en ella queda comprendida todas las violaciones que efectivamente hayan afectado el derecho a la defensa, el cual como es sabido, se diluye a lo largo de todo el procedimiento en la no aplicación de la ley penal más favorable; legalidad del delito; de la pena y del procedimiento; favorecimiento en la duda; doble instancia; entre otros. Con algunos de los aspectos sustanciales frente a los cuales cualquier irrespeto, genera inmediatos efectos de neutralización o desconocimiento de la defensa y del debido proceso, según los cánones expuestos en la Constitución Política.

Sin embargo, para que la presencia del apoderado y la constitución de la defensa no se queden en aspectos formales, han de respetarse las garantías, que para tal fin existen en los postulados referidos. Con base en los postulados del Código de Procedimiento Penal en su artículo 11, así, las facultades de defensa directa que fundamentalmente se manifiestan en los derechos de presencia, asistencia, aceptación, denegación e impugnación, o cualquiera de las atribuciones del defensor asignado, al verse afectadas de manera trascendente generan la invalidación.

Como corolario a la presente investigación, de primera mano, se tiene que si existe omisión legislativa, en cuanto a las normas rectoras y ejecutoras del Código de Procedimiento Penal, estas son del resorte del legislativo, quienes están en mora de proteger los derechos y garantías fundamentales de los encartados en un proceso.

La misma Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, al determinar que:

*“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”<sup>82</sup>.*

Reconoce que tal omisión legislativa existe pues lo indicado sería que la Ley 906 de 2004 contemplara tales causales y principios para evitar remitirse a la codificación anterior que claramente correspondía a un sistema inquisitivo que era menos garantista, en contraposición al Sistema Penal Acusatorio, que, en muchos aspectos es más apegado al respeto de los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, especialmente en cuanto al debido proceso se refiere.

---

<sup>82</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, MP: Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C.: Ref: Exp. No.31900 de agosto 24 de dos mil nueve (2009).

## **6.2. RECOMENDACIONES**

Teniendo como referencia los derechos fundamentales de las personas que se encuentran definidos en la Constitución Política de Colombia, promulgada en el año 1991 y tomándolas como base, se puede recomendar que la noción de proceso penal, compatible con el bloque de constitucionalidad, privilegie la eficacia de los derechos fundamentales sobre consideraciones de carácter formal.

En este sentido, bien puede afirmarse que los avances logrados por la jurisprudencia y la doctrina en materia de ineficacia de los actos procesales, puede verse en riesgo por el silencio que guarda la Ley 906 de 2004 sobre algunos aspectos de las declaratorias de la figura jurídica de la nulidad.

De igual forma se puede plantear que, normativamente, el fundamento legal de esta afirmación radica tanto en el artículo 26, que habla de la prevalencia de las normas rectoras; como en el 27 del ordenamiento procesal penal; lo cual constituye la carta de navegación del funcionario judicial, en materia de actuación procesal y con base en ella los criterios de trascendencia, convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, se advierten como características esenciales del procedimiento penal colombiano en materia de nulidades.

Ahora bien, si se aplican estas nociones teóricas al plano práctico podrá advertirse que se trata de criterios elementales, que simplifican la comprensión de la problemática de la eficacia de la actuación procesal porque metodológicamente el operador jurídico no debe disponer discrecionalmente de un margen tan amplio de interpretación.

## BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo. Tratado teórico—práctico de derecho procesal civil y comercial. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.<http://www.paxsocial.com.ar/resol.40-34.htm>

CAMUSSO, Jorge P. Nulidades procesales, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1983.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Editorial Legis. Bogotá, D.C. 2008.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil según el Nuevo Código Vol. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa—América. Buenos Aires, 1973.

CANOSA TORRADO, Fernando. Las nulidades en el derecho procesal civil. 3ª edición aumentada, y corregida, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1998.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho procesal, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

CUELLAR BERNAL, Jaime. El Proceso Penal. Tomo I.. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 2004.

CHIOVENDA, José. Derecho procesal civil, T. II, (Traducción José Casais y Santaló, Editorial Reus, Madrid.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal civil, 3ª edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

DICCIONARIO HISPÁNICO UNIVERSAL. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española, Tomo II, Léxico G—Z, Editores W.M. Jackson, México, 1975.

ECHANDIA Dévis Hernando. Principios fundamentales del derecho procesal penal. Editorial ABC., Bogotá, 1981.

EUROPA-SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA. Derechos de las víctimas de delitos. Relativo al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/l33091\\_es.ht](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33091_es.ht)

GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador una realidad susceptible de control. McGraw-Hill Interamericana Madrid, España, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de derecho procesal civil. (traducción Santiago Sentis Melendro). Buenos Aires, Argentina, Ediciones jurídicas Europa—América. 1980, pág. 26.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Editorial Temis. Bogotá, 1994.

POZO SILVA, Nelson. Las nulidades procesales, 2ª Edición, Editorial Cono Sur, Buenos Aires, 1987.

PALACIO, Lino Enrique. Derecho procesal civil, Actos procesales Tomo IV, Editorial Abelede Perrot, Buenos Aires.

QUINTERO, Beatriz, y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso, T. I. Editorial Temis, Bogotá, 1995.

RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. Corte Suprema de Justicia y Garantías Fundamentales. El proceso penal: Escenario privilegiado de influencia en la Constitución. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C. 2008, pág. 55.

LEY 1285 de enero 22 de 2009 (modifica la Ley 270 de marzo 7 de 1996)  
"Estatutaria de la Administración de Justicia"

## **CORTE CONSTITUCIONAL**

C-093/93. Ref: Exp. Nos. D-061, D-087 y D-126 M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Santafé de Bogotá, D.C, Febrero 27 de 1.993.

C-394/94 Ref: Exp. D-485. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá, D. C., septiembre 8 de 1994.

C-543/96. Ref: Exp. No. D-1286. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C., 16 de octubre de 1996.

C-641/02. Ref. Exp. D-3865. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 13 de agosto de 2002.

C-591/05. Ref. Exp. D-5415. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., 9 de junio de 2005.

C-1154/05. Ref: Exp. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., Quince (15) de noviembre de dos mil cinco (2005).

C-1083/08. Ref. Exp. D-7237. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C., noviembre 5 de 2008.

## **TUTELAS CORTE CONSTITUCIONAL**

Expedientes Nos. D-624 y D-638 (acumulados). M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Acta No. Santafé de Bogotá, D.C., 6 de diciembre de 1994.

T-461 de 2003. Ref. Exp. T-696038. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., 5 de junio de 2003.

Auto 101/08. Ref: Exp. T-1814702. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. Bogotá D.C., 17 de abril de 2008.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Ref. Exp. No. 4459 M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo S. Santafé de Bogotá D.C., 22 de marzo de 1.995.

Ref: Exp. No. 4373. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Santafé de Bogotá, D.C., 14 de febrero de 1995.

Ref: Exp. No. C-5037. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez Santafé de Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 1999.

Ref: Exp. 2002-00373-01. M.P. Dr. William Namén Vargas. Bogotá, D.C., 25 de enero de 2008.

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL**

Ref: Exp. No. 27283. MP: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá, D.C., primero (01) de agosto de dos mil siete (2007).

Ref: Exp. No. 29258. MP: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008).

Ref: Exp. No. 23521. MP: Dr. Alfredo Gómez Quintero. Bogotá, D.C., cinco (05) noviembre de dos mil ocho (2008).

Ref: Exp. No. 29415. MP: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No. 30942. MP: Dra. María del Rosario González de Lemos. Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No. 30487. MP:Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No. 29473. MP: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No.30968. MP: Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No. 31280. MP: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No.31900. MP: Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C., agosto 24 de dos mil nueve (2009).

Ref: Exp. No. 33989. MP: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).