

---

# PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y LAS NULIDADES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

GERMAN GAMEZ CARDENAS

## CAPITULO I

### ESTADO Y PROCESO PENAL:

Desde el punto de vista del derecho penal sustancial, el Estado aparece investido del derecho de sancionar a quienes infringen las normas penales. Es un derecho material, el derecho de castigar, que el Estado ejerce de manera exclusiva y sin posibilidad de renuncia. Cuando una persona natural realiza un comportamiento típico, antijurídico y culpable, se constituye la relación pública de derecho sustancial, entre el Estado como sujeto activo del *ius puniendi* y el autor del hecho punible, como sujeto pasivo, obligado a afrontar el proceso y a aceptar la pena legalmente establecida e impuesta.

Pero la pena solamente puede aplicarse a través del proceso jurisdiccional y es válida en la medida en que éste lo sea. El Estado, como sujeto activo del derecho de castigar, actúa dentro del proceso penal formulando la pretensión punitiva e imponiendo la pena.

Pero desde otro ámbito, el del ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado, a través del respectivo Juez, satisface la necesidad pública de administración de justicia, ejerce la jurisdicción, juzga.

Mirada la actividad del Estado desde el punto de vista del derecho penal sustancial y desde el punto de vista del derecho procesal penal, presenta una característica común. Ejerce la función jurisdiccional, para hacer efectiva la necesidad de tutela jurídica, y, a la vez, juzga y sanciona, como sujeto activo del *ius puniendi*, para hacer efectivas las normas penales sustanciales. Por ésto he observado que son dos fases de un mismo aspecto jurídico.

Teóricamente se ha hecho distinción entre la función del Estado, como titular del derecho de jurisdicción (aspecto procesal del derecho), y la fun-

ción del Estado como tutelar del *ius puniendi* y del derecho de defensa social (aspecto sustancial del derecho).

La jurisdicción es función Estatal y servicio público que el Estado debe prestar. Y debe prestarlo, no solamente para satisfacer necesidades jurídicas del propio Estado, como persona investida de derechos que pueden ser lesionados, sino principalmente para satisfacer necesidades de las personas que integran la sociedad. La moderna teoría de la acción concibe la función jurisdiccional siempre a cargo del Estado y considera a éste como el sujeto pasivo de la relación jurídica de acción.

Los ingentes esfuerzos hechos por quienes se han dedicado al estudio del derecho procesal en buena parte han sido desconocidos por los redactores y legisladores en materia de derecho procesal penal. Todavía sorprende encontrar en el artículo 18 del nuevo Código de Procedimiento Penal el empleo del término acción con el mismo significado que tenía desde la época de los romanos. Y la redacción de este artículo es el desconocimiento completo de la moderna teoría de la acción. Decir que la acción penal corresponde al Estado, es introducir en las normas jurídicas y en la actividad jurisdiccional conceptos arcaicos que dificultan la actividad jurídica. Esa norma no puede referirse a la acción, vista desde el punto de mira de la prestación de la jurisdicción, sino al derecho de que está investido el Estado de imponer sanciones a quienes cometen un hecho punible. Y, en este sentido, la "acción penal" corresponde a lo que técnicamente se denomina pretensión punitiva. Una cosa es decir que al Estado corresponde la función de defensa social, ejercida a través de la imposición de sanciones, y otra cosa es decir que el Estado tiene la función jurisdiccional. La función jurisdiccional es un monopolio de estado, cualquiera que sea el tipo de jurisdicción. El Estado, al ejercitar la jurisdicción, cumple una función pública de interés general, y no se puede decir que la acción penal corresponda al Estado, porque en este sentido o la "acción penal" es acción, es decir, derecho a la prestación de la jurisdicción, o significa pretensión penal o pretensión punitiva. Si se emplea en el primer sentido, no se ha dicho absolutamente nada; si se emplea en el segundo sentido, el término está mal empleado.

#### LOS SUJETOS DEL PROCESO PENAL:

Importa determinar cuáles son los derechos y los deberes de que están investidos los sujetos del proceso penal, para determinar posteriormente cómo y en qué casos pueden ser vulnerados tales derechos.

##### A. EL ESTADO:

El Estado dentro del proceso penal no cumple la misma función que en el proceso civil, de dirimir conflictos jurídicos en beneficio de los asociados. Dentro del proceso penal aparece el Estado como la persona jurídica que debe administrar justicia, y simultáneamente como sujeto activo del *ius puniendi*.

A través del proceso se cumple la función jurisdiccional, y como el proceso es el instrumento Estatal establecido para imponer sanciones por la comisión de hechos punibles, tiene el Estado un interés jurídico propio en

que el proceso se ejerza con el cumplimiento cabal y exacto de todas las normas jurídicas que regulan esta función. En otros términos, el Estado tiene un interés jurídico en el cumplimiento pleno de las normas establecidas para el ejercicio de la función jurisdiccional. El artículo 26 de la Constitución Nacional debe entenderse necesariamente dirigido, en primer término, al Estado y a quienes en representación de éste son depositarios de la función pública de juzgar.

Pero fuera del aspecto relacionado con el interés público Estatal en el ejercicio de su actividad jurisdiccional con el cumplimiento pleno de las normas jurídicas que regulan el proceso, el Estado comparece a éste como una verdadera parte en sentido procesal y sustancial, titular del *ius puniendi*, que concreta su pretensión punitiva en la resolución de acusación. Se presenta así el proceso penal como una verdadera paradoja por cuanto el Estado dentro de éste se convierte en juez y parte, en acusador y juzgador, circunstancia que le da al proceso penal características propias, que nítidamente lo distinguen de los otros tipos de proceso.

La circunstancia de que el Estado sea dentro del proceso penal juez y parte explica los motivos por los cuales la Constitución Nacional establece garantías inalienables, en favor de quienes son juzgados por el propio Estado.

En síntesis, el Estado, como titular de la función jurisdiccional, tiene un interés público en la recta administración de justicia; además, como el mismo Estado tiene el deber de defensa social, que ejercita a través del proceso penal, se presenta en éste como titular de derechos sustanciales y procesales.

##### B. EL MINISTERIO PUBLICO:

La Constitución Nacional atribuye a los funcionarios del Ministerio Público el deber general de defender los intereses de la Nación, y el deber específico de "perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social (art. 143)". En desarrollo de estos principios constitucionales, en buena hora el nuevo Código de Procedimiento Penal determina con precisión cuáles son las funciones del Ministerio Público, como sujeto y parte en el proceso penal. Dispone el numeral primero del artículo 122, numeral 1, que "El Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción.

"En cumplimiento de esos deberes, el Ministerio Público pedirá la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, las medidas de aseguramiento o la libertad del procesado, interpondrá recursos y, en general, intervendrá en todas las diligencias de investigación preliminar y actuaciones del proceso penal".

Así como la función esencial del juez dentro del proceso penal es la de juzgar, la función esencial, pero no única, de los Agentes del Ministerio Público, es la de acusar. Y para el cumplimiento de esta función, el fun-

cionario del Ministerio Público es parte en el proceso penal y está investido de derechos sustanciales y procesales y de deberes procesales. Así como el Estado tiene un doble interés propio, procesal y sustancial, así también el agente del Ministerio Público, como defensor de los intereses de la Nación dentro del proceso penal, tiene un interés procesal consistente en la cumplida ejecución de las leyes procesales y un interés sustancial en que a los responsables de hechos punibles que perturban los intereses de la Nación, se les sancione efectivamente. Pero esa misma función de defensa de los intereses de la sociedad en el proceso penal obliga al agente del Ministerio Público a convertirse en defensor de quienes son injustamente vinculados al proceso.

El Ministerio Público tendría, de acuerdo con la Constitución Política, la función de luchar contra la impunidad, y no puede ser un simple espectador en el proceso penal, sino verdadero actor. Su función dentro de este proceso es la de establecer un equilibrio indispensable entre los intereses generales de defensa social, los intereses del Estado y los intereses del sindicado y de la parte civil. Cuando el funcionario del Ministerio Público no cumple las funciones que la Constitución y la ley le asignan, este equilibrio se rompe en perjuicio, generalmente, de los intereses de la sociedad.

#### C. EL SINDICADO:

Frente al Estado, el sindicado aparece como el sujeto pasivo del *ius puniendi* y como titular del derecho de contradicción frente a la pretensión penal. A su vez, es, desde el punto de vista de la acción civil, sujeto pasivo de la pretensión indemnizatoria. Todos estos aspectos que presenta el sindicado en relación con el derecho procesal y el derecho material, unidos a la circunstancia de que dentro del proceso penal el Estado es juez y parte, justifican que el legislador le haya dado al sindicado un tratamiento especial, con el propósito de garantizarle el pleno ejercicio de sus derechos, que se aunan en el llamado derecho de defensa.

El sindicado, como sujeto principalísimo del proceso, está investido de derechos procesales y de derechos sustanciales, todos de derecho público, inalienables e irrenunciables.

#### D. EL DEFENSOR:

Para la efectividad del derecho de defensa del sindicado, se impone la participación activa del defensor, el cual cumple una función pública y, si bien dentro del proceso no tiene un interés propio, está investido de derechos y deberes procesales, su actividad implica el ejercicio de una función pública, puesto que hay un interés en que las personas inocentes no sean condenadas. El defensor representa tanto intereses individuales del sindicado, como intereses generales de una recta administración de justicia.

#### E. LA PARTE CIVIL:

La denominación de parte civil y de acción civil es equívoca, puesto que muchas veces el sindicado, con el hecho punible, lesiona otros derechos públicos de tipo patrimonial. Pero en la generalidad de los casos, la parte

civil comparece al proceso penal a hacer valer un derecho civil. Es un aspecto de la jurisdicción del Estado y, por consiguiente, la parte civil comparece al proceso penal a hacer valer un derecho civil. Es un aspecto de la jurisdicción del Estado y, por consiguiente, la parte civil comparece al proceso penal como sujeto activo del derecho de acción, frente al Estado que debe administrarle justicia, y a la vez como sujeto activo de un auténtico derecho material, el derecho a ser indemnizado plenamente de los perjuicios causados por el hecho punible. Tiene la calidad de parte en sentido sustancial y en sentido procesal, y goza de derechos procesales y materiales, aunque la realidad indica que se trata de una parte mermada y enteramente subordinada, en el sentido de que ni tiene la iniciativa para iniciar el proceso, ni tiene los mismos derechos que las otras partes de éste.

## CAPITULO II

### PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA:

El Estado, como poder, ejerce la función jurisdiccional, y en virtud de ese poder, tiene el derecho de someter al proceso a todas las personas. El proceso, método para juzgar, se cumple por la rama jurisdiccional del poder público y siguiendo las normas jurídicas dadas por el mismo Estado a través de la función legislativa. El ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado, persona jurídica, impone a sus órganos deberes y les otorga derechos. Para el cabal ejercicio de la función jurisdiccional, y para que ésta se convierta en verdadera administración de justicia, se hace indispensable que el Estado cumpla sus deberes y que respete la integridad de los derechos que las leyes reconocen a quienes actúan dentro del proceso. Esos derechos que el mismo Estado consagra en favor de las personas que requieren el ejercicio de la jurisdicción, se compendian en el llamado derecho de defensa. Esta expresión tiene un alcance conceptual demasiado restringido en el derecho procesal penal, puesto que se aplica al sindicado en relación con los derechos procesales y sustanciales que se le reconocen, olvidando que también la parte civil y el Ministerio Público son igualmente sujetos activos del derecho de defensa.

En el estudio de esta ponencia, se enfocará la cuestión solamente desde el punto de vista de las garantías jurídico-procesales que el Estado reconoce al sindicado para el ejercicio de su derecho de defensa, sin olvidar que otros sujetos procesales, al agente del Ministerio Público y la parte civil, también gozan del derecho de defensa, entendiéndose éste no solamente como el derecho a obtener una tutela judicial completa, sino como el derecho a defenderse contra los actos que impliquen ejercicio ilegal de la función jurisdiccional y contra las posiciones jurídicas de las otras partes que afectan o pretendan afectar derechos sustanciales o procesales garantizados dentro del sistema jurídico.

#### OBJETO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO:

La Corte Suprema de Justicia en casación penal de 3 de Febrero de 1981, dijo lo siguiente:

"Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es ino-

cente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa" (cita en Jurisprudencia Penal de la Corte, MIGUEL ZORNOSA FALLA, 1983, Jurídica Radar Ediciones, Bogotá, 1984, página 288).

En consecuencia, estos dos aspectos son los que constituyen el derecho de defensa: Oponerse a la imposición de penas a quien no ha infringido la ley penal y evitar que en el caso de que exista violación de ésta, al sindicado se le impongan penas diferentes de las legalmente determinadas o más gravosas de lo que legalmente corresponda.

#### GARANTIAS JURIDICO-PROCESALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA:

La enumeración y la determinación de tales garantías es una actividad compleja, en la cual interviene indudablemente mucho del factor subjetivo de quien hace la clasificación, y mucho del sistema jurídico vigente. Admitiendo el riesgo de que la que voy a presentar es una enumeración incompleta y que, por consiguiente, quedan excluidas otras garantías, enumero las siguientes:

1. **Principio de Libertad:** Consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en virtud del cual las personas no pueden ser privadas de su libertad sino a virtud de mandamiento escrito de juez competente, por motivos previamente determinados y con las formalidades establecidas en la ley.

2. **Juez Natural.** Se consagra en el artículo 26 de la Constitución Nacional cuando se refiere al "Tribunal Competente".

En estado de normalidad jurídica esta garantía es básica para el ejercicio cabal del derecho de defensa. Por Juez Natural se ha entendido el juez instituido en abstracto, por el legislador, en normas jurídicas, antes de la comisión del hecho punible. El sindicado tiene en esa forma la oportunidad de saber quién lo va a juzgar en el caso de violación de la norma penal. Este principio se relaciona con las normas reguladoras de la jurisdicción y de la competencia, puesto que son ellas las que determinan el ámbito de la jurisdicción dentro de una materia determinada y quienes la ejercen en los casos concretos.

3. **Independencia de los Jueces.** Tiene su fundamento en el principio de separación de las ramas del poder público (C.N., art. 55), del cual se deriva el corolario de que los jueces tienen funciones separadas de las que cumplen los órganos de la rama legislativa y los órganos de la rama ejecutiva. Esta garantía de independencia de los jueces es indispensable para una recta administración de justicia, en cuanto los aleja de las presiones y de las influencias indebidas que ante ellos pudieran ejercer los órganos de las otras dos ramas del poder público, y permite que solo tengan compromisos con su conciencia y con la justicia.

4. **Imparcialidad de los Jueces.** Es principio indefectible para una recta administración de justicia el de que las personas que comparecen al proceso como partes, tengan la seguridad de que van a ser juzgadas por un juez imparcial, que no tenga ningún tipo de interés en el resultado del proceso,

y que tengan el derecho de recusar al juez que se encuentra en una circunstancia de hecho que lo induzca a proferir fallo parcializado. Entre los mecanismos que la ley penal otorga para hacer efectivo este principio se hallan el impedimento de los jueces, la facultad para recusar a éstos y a otras personas que intervienen en la actividad procesal, y el derecho a pedir el cambio de radicación del proceso.

5. **Legalidad del Hecho Punible.** Está consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional conforme al cual nadie puede ser penado si previamente no se ha prohibido el hecho, en norma jurídica. Constituye el aspecto de la tipicidad en materia penal. Se reproduce este principio en el artículo 1º del Código Penal.

6. **Legalidad de la Pena.** Está consagrada en el mismo artículo 28 de la Constitución Nacional, en la prohibición absoluta de imponer penas que no hayan sido previamente establecidas por el legislador antes de la comisión del hecho punible. Esta prohibición de la imposición de penas, determinadas ex post facto opera aún en tiempo de guerra. Es decir, ni siquiera una grave alteración del orden público y del orden jurídico permite la imposición de penas ex post facto.

7. **Juzgamiento conforme a las Leyes Procesales Preexistentes al Hecho Punible Investigado.** Garantía constitucional contenida en el artículo 26, de ser juzgado conforme a la ley procesal preexistente al acto imputado, y no de acuerdo con normas procesales ex post facto, salvo que se trate de normas procesales posteriores, más favorables que las preexistentes.

8. **Principio de Favorabilidad.** Garantía consagrada en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Política, aplicable tanto a normas procesales como a normas sustanciales, salvo las que regulan la jurisdicción y la competencia.

9. **División del Proceso en Dos Instancias.** Es una garantía de mayor certeza en las actuaciones y en las decisiones judiciales y el medio a través del cual se hace efectivo el principio de impugnación, ante el Superior, de providencia judiciales, a través del recurso de Apelación y de la consulta.

10. **División del Proceso en Etapas.** La división del proceso en etapas, en una de las cuales el Estado formula al sindicado la imputación penal concreta, permitiéndole a éste defenderse de dicha imputación mediante la ejecución de una serie de actos procesales en etapas previamente definidas y que tienen una función jurídica específica, es una garantía de las tantas que forman el debido proceso.

11. **Derecho de Impugnación de las Providencias Judiciales.** El Estado ejerce su jurisdicción y juzga los hechos punibles a través de los jueces, fallibles como cualquier ser humano, y el derecho a controvertir las decisiones judiciales que afecten derechos procesales y sustanciales del sindicado es esencial en cualquier tipo de proceso. Este derecho se justifica porque no hay previsión humana posible que evite los errores judiciales, pero sí recursos para corregirlos.

12. **Derecho a pedir pruebas, a obtener su práctica, a intervenir en la**

práctica de éstas y a **contradecir o controvertir las pruebas desfavorables al sindicado**. Como el derecho de defensa tiene como objeto principal demostrar la inocencia del sindicado o impedir que se le juzgue más allá de los límites del hecho punible, y que no se le imponga una pena más gravosa de la establecida por el legislador, esta garantía es esencial porque las pruebas aportadas al proceso serán el fundamento jurídico para decidir sobre la inocencia o sobre la responsabilidad del procesado, y para establecer las modalidades del hecho punible y las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad y de la pena.

13. **Derecho a tener conocimiento oportuno de la imputación penal** por la cual se le captura o se le cita al proceso, y de asesorarse de un abogado, con el objeto de facilitarle que desde el primer momento ejercite eficazmente el derecho de defensa.

14. **Derecho a la Defensa Técnica**. Como dentro del proceso penal están en contradicción, frente a la pretensión punitiva del Estado, no solamente el derecho a la libertad del sindicado sino también su honra de ciudadano honesto, y como, de otra parte, el proceso es una actividad jurídica técnica para cuyo ejercicio se exigen condiciones especiales de idoneidad y hay, además, un interés público en la defensa de los derechos del procesado, se exige que la defensa de éste se haga por medio de abogado, ya que la sola defensa del sindicado no es suficiente.

15. **Derecho del sindicado a la Ejecución de Actos Procesales tendientes a su propia Defensa**. La ley procesal penal reconoce este derecho al sindicado, con algunas excepciones, con el propósito de hacer más eficaz el derecho de defensa.

16. **Derecho a Alegar las Razones de la Defensa**. Se manifiesta en la facultad de expresar las razones fácticas y jurídicas que tiene el sindicado para pedirle al Juez, antes de que éste tome una determinación jurisdiccional importante, que analice previamente el proceso, tanto desde el punto de vista de las pruebas como desde el punto de vista del derecho, para que tome una decisión favorable al sindicado.

17. **Derecho a Rendir Indagatoria**. Es un auténtico derecho procesal del sindicado, por cuanto la indagatoria es el medio a través del cual éste, frente a la imputación penal, explica o justifica sus actos, impugna los hechos de la imputación y tiene la oportunidad de pedir pruebas para hacer efectiva su defensa.

18. **Derecho a ser legal y oportunamente notificado de las providencias judiciales que contengan decisiones jurisdiccionales** o que señalen términos u oportunidades para la ejecución de ciertos actos procesales encaminados a su defensa.

19. **Derecho al otorgamiento de términos u oportunidades razonables para pedir pruebas, para la práctica de las mismas y para la interposición y sustentación de recursos**. Es un aspecto sobre el cual poco se ha llamado la atención, y que tiene una trascendencia incuestionable para la defensa del sindicado, pues los términos arbitrariamente cortos son manifiestamente violatorios de las garantías procesales ante la imposibilidad de su

ejercicio. No basta que el legislador otorgue el derecho a pedir pruebas y a interponer recursos, pues cuando no se da razonable oportunidad para el ejercicio de éstos, las garantías procesales son irrealizables. Todo proceso excesivamente abreviado recorta el derecho de defensa y es propio de regímenes totalitarios o arbitrarios.

20. **Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra ciertos consanguíneos**. Se consagra en el artículo 25 de la Constitución Nacional. La prohibición es una manifestación de respeto a la persona del sindicado y proscribela confesión obtenida mediante la tortura, la coacción física o moral o cualquier otro método que anule la libre determinación del sindicado.

21. **Presunción de Inocencia**. Mientras el sindicado no sea juzgado y vencido, goza de la presunción de inocencia y el efecto de esta presunción es el de recibir un tratamiento legal de cualquier ciudadano, salvo ciertas limitaciones expresamente establecidas por el legislador.

22. **Motivación de las Providencias Judiciales**. En cuanto respecta a la sentencia, es garantía de naturaleza constitucional (art. 163). La exigencia de motivación de las providencias judiciales cumplen una doble finalidad: De una parte, permite conocer al sindicado cuáles son los fundamentos fácticos y jurídicos que sirven de soporte a la decisión judicial, para determinar su legalidad y poder impugnarlos, y de otra parte porque las decisiones judiciales, para que sean válidas, no solamente deben ajustarse a formas procesales sino que deben ser jurídicas, convenientes y socialmente útiles.

23. **Derecho a la Publicidad del proceso**. Una vez constituida la relación jurídica procesal mediante la vinculación del sindicado al proceso, es indispensable que éste pueda conocer todas las actuaciones procesales, con el objeto de que pueda fiscalizar la conducta de los jueces, de las demás partes y personas que de cualquier manera actúan en el proceso, como requisito indispensable para que pueda controvertir o impugnar los distintos actos procesales.

24. **Derecho al cumplimiento de Formas procesales**. Las formas dentro del proceso son garantía de tutela y de efectividad de los derechos. En ciertos actos procesales la forma es la manifestación que toma la garantía del derecho. La exigencia de que ciertos actos procesales se cumplan siguiendo una forma determinada se debe a que dentro del proceso penal la forma es de la esencia del derecho de defensa. Partiendo de la base, claro está, de las formas instituidas como instrumento para la tutela y la manifestación de los derechos, y no de la manía de la veneración de las formas por las formas.

25. **Necesidad de la prueba**. Es garantía fundamental del sindicado la de que la resolución de acusación, que contiene la pretensión punitiva, y la sentencia, así como otras providencias judiciales, se funden en la prueba de los hechos. Es una garantía tan importante como la misma libertad de las personas, ya que si el sindicado tiene derecho a pedir pruebas y el juez tiene el deber de practicarlas, sea de oficio o sea a petición de parte, el fin de las pruebas es el de hacer efectivo el derecho de defensa del sindicado.

26. **Apreciación de las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la Sana Crítica.** No basta con la exigencia de la prueba. Es indispensable que todas las pruebas aportadas al proceso sean apreciadas en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Esta exigencia tiende a dar garantía de que el sindicado va a ser juzgado de acuerdo con criterios objetivos, y que queda descartada la arbitrariedad judicial y los criterios íntimos del juez.

27. **Formulación de la Pretensión punitiva de manera Inequívoca y completa.** En la resolución de acusación el Estado fórmula la llamada pretensión punitiva, mediante la atribución de un hecho punible y el llamamiento al sindicado para que lo explique, lo justifique y se defienda. Para que el procesado pueda ejercer su derecho de defensa es necesario que la pretensión punitiva se formule precisando los hechos que se le atribuyen, las circunstancias que lo agraven o lo atenuen, el elemento subjetivo, las circunstancias de tiempo y de lugar y, en términos generales, todos los elementos que la determinen con precisión.

28. **Congruencia entre la Resolución de Acusación, el Veredicto y la Sentencia.** En términos generales, debe existir concordancia entre la pretensión punitiva contenida en la resolución de acusación, el veredicto y la sentencia, de tal manera que no se haga más gravosa la situación del sindicado con posterioridad a la resolución de acusación, pues el principio de lealtad procesal exige que si se le ha llamado a responder por un hecho punible determinado, los términos de la imputación no se modifican posteriormente en perjuicio del sindicado. El principio de congruencia es uno de los aspectos del derecho de defensa y una aplicación práctica del principio de lealtad procesal.

29. **Unidad de proceso.** La exigencia de que dentro de un mismo proceso se juzguen los distintos hechos punibles que puedan atribuirse al sindicado, constituye un derecho de éste en el aspecto de la concentración de la actividad procesal, el ejercicio del derecho de defensa y la rebaja de la pena.

30. **Acumulación de procesos.** Es una garantía en favor del sindicado por las mismas causas y por los mismos efectos que existen para la exigencia de la unidad de proceso.

### CAPITULO III

#### PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

Las nulidades de origen jurisprudencial se han fundado siempre en el artículo 26 de la Constitución Nacional. En sentencia de 27 de febrero de 1970, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Doctor LUIS CARLOS PEREZ, se precisó el contenido del inciso 1º. del artículo 26, en los siguientes términos:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absoluta-

mente necesarias para la seguridad de la persona humana. Pero el hecho de que se les incorpore en una misma norma, no significa su fusión en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada.

"Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de las omisiones de la Rama Judicial. Plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso subjúdice.

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia plena de las formas del juicio, y

"d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa bajo la tutela constitucional. Trátese, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional' sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso..." (G.J.T. CXXXIII, números 2322 a 2324, páginas 200 a 209).

La jurisprudencia de la Corte ha tenido cierta variación en la determinación de las garantías consagradas en el citado artículo 26. Por ejemplo, en sentencia de 21 de junio de 1961, sobre las nulidades constitucionales, dijo lo siguiente: "ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia que el juicio previo debe desenvolverse conforme a la ley preexistente al hecho que se impute, a menos que el procedimiento consagrado en ley posterior contenga disposiciones más benignas o favorables para el procesado. Tal criterio se funda en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que en su primer cuerpo consagra los principios universales sobre legalidad del delito, la pena y el juicio; y en el segundo, la retroactividad de la ley permisiva o favorable, normas que repiten y desarrollan los artículos 1º y 3º del Código Penal y 1º y 5º de la Ley 94 de 1938" (G.J. T. XCVI, números 2242, 2243 y

2244, página 416). En posteriores jurisprudencias la Corte ha sostenido que el artículo 26 de la Constitución consagra los principios de legalidad del delito y legalidad de la pena. Así, en sentencia de 16 de Febrero de 1978, dijo lo siguiente:

"No es discutible que el artículo 26 del Estatuto Mayor protege y garantiza las formas propias del juicio, que no son otras sino las que contienen las garantías fundamentales que en él se dicen, es decir, el principio de legalidad del delito, el de legalidad de la pena, el de favorabilidad y el de legalidad del proceso. Son formas de contenido sustancial. Y su invocación como causales de nulidad, debe ser sustentada y demostrada en consonancia con la trascendencia y seriedad que su inclusión en el Código Institucional hace exigente" (G.J. T.CLVIII, número 2399, tercera parte, página 100).

Considero que hay una impropiedad en la afirmación, repetida muchas veces en jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, que en el artículo 26 de la Constitución se consagran los principios de legalidad del delito y de legalidad de la pena. El error es manifiesto porque es el artículo 28 de la misma Constitución, y no el 26, el que consagra los dos principios antes mencionados (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), al establecer que nadie podrá ser penado *ex post facto*, ni aún en tiempo de guerra, sino con arreglo a norma jurídica "en la que previamente se haya prohibido el hecho y determinadose la pena correspondiente". El artículo 26 no se refiere ni a la tipificación del hecho punible o hecho prohibido, ni a la pena. Simplemente establece que el juzgamiento debe hacerse conforme a las leyes preexistentes (materiales y sustanciales) al acto que se imputa.

Doctrina y jurisprudencia mencionan constantemente el que se ha denominado "principio del debido proceso", y se le ha dado denominación propia, al lado de otros principios. Considero que no es un principio específico, en el sentido de que enuncie una verdad, contenga un postulado o determine el señalamiento de una actividad concreta. Es simplemente un nombre más que se emplea para designar el proceso legalmente válido, cuando es actividad jurídica completa que resulta de la observancia de normas jurídicas y de auténticos principios de derecho. En relación con los principios generales del derecho, dice CH. PERELMAN:

"Los principios generales del derecho, que son aplicables a falta de textos, no son una simple creación jurisprudencial y no pueden confundirse con simples consideraciones de equidad. No son tampoco reglas consuetudinarias.

El juez, cuando los aplica o controla su aplicación, no se refiere a la constancia de esta aplicación. Tiene valor de derecho positivo. Su autoridad y su fuerza no derivan de una fuente escrita. Existen fuera de la forma que les dé el texto cuando éste se refiera a ellos. El juez los declara. Comprueba su existencia. Y esto permite decir que la determinación de los principios generales del derecho no autoriza una libre investigación científica. Se forman fuera del juez, pero, una vez formados, se imponen al juez y el juez está obligado a asegurar el respeto que los principios reclaman" (La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, página 104).

Como se ve, ninguno de los elementos y características antes determinadas, se encuentran en la expresión "debido proceso". Esta simplemente significa proceso regular, o válido, o ajustado a los preceptos legales. Además, la necesidad del debido proceso tampoco es propiedad privada del proceso penal, sino exigencia de todo tipo de proceso, porque el artículo 26 de la Constitución Nacional no distingue. Tan evidente es lo anterior que el concepto de "debido proceso" se opone al del proceso indebido o ilegal. No se puede decir que haya debido proceso cuando éste se ha adelantado ante juez incompetente, o cuando se ha seguido un procedimiento distinto del legalmente determinado, o cuando se ha violado el derecho de defensa del sindicado negándole recursos legalmente procedentes o negando la práctica de pruebas pertinentes, o cuando se han incumplido formalidades sustanciales o cuando se le ha llamado a juicio por hechos equívocos. En todas estas circunstancias, citadas a manera de ejemplo, es innegable que no existe el debido proceso. Como se ha visto, el derecho de defensas supone la existencia de una serie de garantías de distinta naturaleza. Y quién podría decir que existe debido proceso cuando se ha violado el derecho de defensa?

#### ARTICULO VEINTISEIS DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y DERECHO PROCESAL:

Se ha afirmado que todo el fundamento jurídico del derecho procesal colombiano se levanta sobre el artículo 26 de la Constitución Política, y esto es una verdad. Pero también es verdad que nuestra Constitución, por circunstancias históricas conocidas, solo en forma muy simplista y esquemática sienta algunas garantías alrededor de los derechos de las partes en el proceso. Históricamente se explica este defecto, si se tiene en cuenta que en 1.886 no existía el derecho procesal como una rama autónoma, constituida por normas y principios, y que era una época en la cual se consideraba fundamental dictar normas sustanciales sin que el legislador tuviese la preocupación de crear instituciones para hacerlas efectivas. Si bien es cierto que esa concesión arcaica está aún vigente en la mentalidad de nuestros legisladores, quienes con una facilidad que pasma y sorprende, dictan normas, las derogan y las modifican, sin importarles en absoluto el aspecto de su efectividad, también es cierto que la teoría procesal actual exige que en la misma Constitución Nacional se consagren las garantías fundamentales del debido proceso. Y no se puede decir que el artículo 26 de la Carta Política las contenga.

#### DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA:

Cuando se habla del derecho de defensa, surgen dos cuestiones que deben resolverse, para entender el concepto de debido proceso. La primera responde a la pregunta: Contra quién se defiende el sindicado? La segunda responde a la cuestión: De qué se defiende el sindicado?

Partiendo de la base de que el Estado es el titular de la función jurisdiccional, las preguntas se resuelven fácilmente diciendo, en primer término, que el sindicado se defiende del Estado, específicamente contra actuaciones jurisdiccionales abusivas. Así como se ha dicho que el proceso es fuente de bienes, también se ha dicho que puede ser fuente de males. Pero si se amplía este ámbito de la jurisdicción y se considera que el Estado es

el sujeto activo de la pretensión punitiva, que el Ministerio Público tiene la función de defensa del interés de la sociedad, y que la parte civil comparece al proceso a formular su pretensión indemnizatoria, se llega a la conclusión, en segundo término, de que también el sindicado se defiende de la pretensión punitiva del Estado, de la acusación del agente del Ministerio Público, cuando la actuación de éste se contrapone a los intereses del sindicado, y contra la pretensión indemnizatoria de la parte civil. Y así quedan resueltas las dos preguntas planteadas.

El breve bosquejo anterior explica por qué razón el procesado, dentro de un estado de derecho, debe gozar de tantas garantías procesales para el cabal ejercicio del derecho de defensa.

#### CAPITULO IV

##### IMPUGNACION DEL SISTEMA DE LAS NULIDADES JURISPRUDENCIALES:

###### A. ANTECEDENTES PREVIOS:

Sobre el origen de las nulidades llamadas constitucionales, conviene transcribir lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 8 de Mayo de 1.970, con ponencia del Doctor LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ:

"La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señaladas por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto.

"No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias.

"El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, conforme al cual precisa conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituir nulidad, se encuentra consagrado en algunos códigos de procedimiento penal, entre ellos el italiano (art. 184), y se ha afirmado por esta Corporación en constante jurisprudencia (sentencia de diciembre 5 de 1.945, enero 29 de 1.947, febrero 5 de 1.947 y julio 30 de 1.955, entre otras).

"Es tarea propia del legislador, no del juez, señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. "El juzgador —ha dicho esta Corte con reiteración— no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que solo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una forma externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nuli-

dad" (fallo de diciembre 5 de 1.945, entre otros).

"Si fuera del arbitrio de los jueces el crear nulidades, pocos serían los procesos que llegarían normalmente a la meta final de la sentencia, pues son raros aquellos en que no se descubre alguna informalidad. La discrecionalidad del juzgador para deducir nulidades por vicios in procedendo sería un factor de incertidumbre en la administración de justicia, atentaría contra la seguridad del proceso penal, entrabaría la necesaria y delicada función pública de la represión penal y podría llegar a desconocer los derechos fundamentales de las partes. "Un buen derecho procesal penal; dice Mario Pagano en sus Consideraciones sobre el Proceso Penal, debe limitar las sanciones de nulidad al mínimo que no puede ser desconocido sin lesionar legítimos y graves intereses del Estado y de los particulares".

"Sin embargo de lo expuesto acerca de la taxatividad de las nulidades, tanto de las que comprometen todo el proceso o una serie de actos como las contempladas para actos procesales particulares e independientes, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando "se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1.943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1.943 y 23 de enero de 1.960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencias de mayo 18 de 1.942, diciembre 15 de 1.950, julio 11 de 1.952, enero 23 de 1.953, diciembre 7 de 1.955, noviembre 7 de 1.961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 26 de julio de 1.944, 10 de noviembre de 1.955 y 12 de noviembre de 1.956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1.948).

"La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación" (G.J. T. CXXXIV números 2326 a 2328, páginas 295, 296).

En relación con las nulidades en el proceso penal, existe el sistema de la

taxatividad, conforme al cual no hay nulidad sin texto que la consagre, el cual no ha sido adoptado en Colombia; y el sistema de no legislar expresamente sobre causales de nulidad, dejando que el buen criterio de los jueces determine, en cada caso, qué irregularidades o vicios, por acción o por omisión, constituyen nulidad. En la legislación colombiana, ha imperado un sistema mixto, ratificado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual el legislador señala un mínimo de causales de nulidad e implícitamente prevé las nulidades de origen jurisprudencial, mal denominadas constitucionales, pues la Constitución no las consagra.

#### B. PLANTEAMIENTO DEL TEMA:

La presente ponencia tiene el propósito fundamental de debatir el siguiente tema: Como parte de una reforma sustancial a la administración de justicia en materia penal, con el propósito de acelerar los procesos para que se logre el ideal de una "pronta y cumplida justicia"; con el objeto de precisar en algunos aspectos el derecho de defensa y a la vez lograr una efectiva defensa social, en la lucha contra la delincuencia, y con el fin de evitar que informalismos insubstanciales obstaculicen, dilaten o impidan la marcha de los procesos y de la administración de justicia, y que el abominable culto de la forma por la forma impere, se hace indispensable que el legislador, de manera expresa, consagre en normas jurídicas todos los supuestos de hecho que puedan constituir nulidades en el proceso penal, de tal manera que impere el principio de la taxatividad, para que la creación de causales de nulidad no se deje en manos de las partes, de acuerdo con sus conveniencias, ni al arbitrio de los jueces.

#### C. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION:

Son muchas las razones que existen para sostener que es más benéfico para la administración de justicia, en materia penal, el sistema de la taxatividad de las nulidades que el sistema de nulidades de creación jurisprudencial. Y aceptando que también existen poderosas razones en favor del sistema imperante, consigno las principales para impugnar este sistema:

1). Comparto íntegramente la tesis de que "es tarea propia del legislador, no del juez, señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular".

Dentro de un sistema jurídico como el nuestro, en el cual cada una de las ramas del poder público cumple funciones separadas, pero armónicas, las funciones específicas de cada rama se tornan, en principio, indelegables, salvo casos expresamente señalados en la Constitución. El ejercicio de la función jurisdiccional es complejo, y requiere que esta función sea íntegramente regulada en todos sus aspectos, es decir, en relación con los funcionarios que la ejercen, con la actividad procesal y, como aspecto fundamental, sobre los efectos jurídicos de los actos jurisdiccionales.

La función legislativa se cumple a través de mandatos jurídicos que contienen un supuesto de hecho específico y una sanción o efecto jurídico. Las normas procesales, sean orgánicas, formales o sustanciales, se presentan con las mismas características, del hecho hipotizado y del efecto jurídico que depende de la existencia de un hecho que pueda subsumirse en

el supuesto de hecho. Cuando el legislador permite que sean los jueces quienes determinen qué vicios o irregularidades producen el efecto de la nulidad procesal, sin consagrar supuestos de hecho, la actividad jurisdiccional se torna incierta; y si el legislador permite que la Corte Suprema de Justicia determine, o los jueces determinen, los hechos constitutivos de nulidad, con el objeto de que tales decisiones constituyan precedentes jurisprudenciales, el legislador o está dejando un vacío en la ordenación jurídica o está delegando en los jueces una función que es esencialmente indelegable.

Lo anterior es, precisamente, el sistema que se ha venido adoptando desde hace muchos años, y que actualmente impera en el nuevo Código de Procedimiento Penal: a falta de legislación completa sobre la materia, los jueces se ven obligados a llenar los vacíos dejados por el legislador. Y este esfuerzo es encomiable, puesto que tiene el fin de tutelar derechos sustanciales.

2). Se ha dicho que a través de las causales de nulidad de origen jurisprudencial, la Corte ejerce un control de legalidad sobre los actos de los jueces. No se controvierte la existencia de ese control, sino su conveniencia.

No existe dentro de la Constitución Nacional norma expresa que asigne a la Corte Suprema de Justicia la función de velar por el cumplimiento de normas jurídicas de categoría inferior a las de la Constitución.

Esta función le ha sido asignada por disposición legal y se cumple principalmente a través del recurso de casación. Unánimemente se acepta que el fin primordial de este recurso extraordinario es el de unificar la jurisprudencia nacional, partiendo de la base de que esto significa función pública encaminada a unificar los distintos criterios que puedan tener los jueces al aplicar normas sustanciales o procesales y principios de derecho. La función de la Corte como Tribunal de Casación, es tanto política como jurídica. La función de unificación de la jurisprudencia nacional es una función política en cuanto es el instrumento a través del cual se obliga a los jueces a administrar justicia mediante el cumplimiento de las normas dadas por el legislador, impidiéndoles, a su vez, que se conviertan en legisladores y que, en esta condición, opten por aplicar sus propios criterios en contra de los criterios legales. La función jurídica consiste en el control de legalidad de la actuación de los jueces, mediante la confrontación de las decisiones y actuaciones de los jueces con las normas jurídicas positivas. Este control de legalidad no puede cumplirse sino con base en normas dadas por el legislador. Si no fuera así, habría que entender que no se trataba de un control de legalidad sino de un control que podría denominarse "control de criterios jurisdiccionales", que ejercería la Corte sobre sus propios criterios y el de los jueces, lo cual desvirtuaría tanto la función política del recurso de casación, como la función jurídica.

La última es, precisamente, lo que viene ocurriendo con las nulidades de origen jurisprudencial. Frente a actividades jurisdiccionales irregulares la Corte considera que se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, determina el efecto jurídico de la actuación irregular y declara la

nulidad del acto, del proceso o de parte de éste, y ese hecho se convierte en una especie de precedente judicial que debe ser observado, a falta de norma jurídica que lo acoja expresamente, para otorgarle en presencia de hechos similares el mismo efecto jurídico.

No se discute que la nulidad de origen jurisprudencial ha sido producto de la ausencia de legislación y que ha producido efectos benéficos. Se acepta íntegramente el siguiente criterio de la Corte:

"Las nulidades de rango constitucional no pueden mirarse como una creación doctrinaria caprichosa y nociva. Responden a una necesidad jurídica y constituyen un instrumento feliz de realización de la justicia. Mantener purificado el sistema procedimental, ajeno a vicios que lo apartan de su finalidad, no puede ser jamás un fenómeno obstaculizante de la labor del juez sino su suprema disciplina, su última garantía de eficacia y el sello definitivo de dignidad y respeto" (sentencia de 30 de Agosto de 1.983, citada en "JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE", Miguel Zornosa Falla, 1.983, jurídica rada ediciones, Bogotá D.E., 1.984, página 335).

3). En la legislación colombiana impera el principio de las dos instancias, y en teoría siempre se dice que el recurso de casación no es una tercera instancia. Pues bien: contra esta teoría, la práctica ha convertido a la Corte Suprema de Justicia en un tribunal de tercera instancia, en virtud de la creación de las llamadas nulidades constitucionales. Como nadie ha dicho cuáles son exactamente éstas, ni en qué supuestos de hecho específicos existen, la nulidad constitucional es la expresión mágica, algo así como el "ábrete sésamo", que abre automáticamente las puertas al recurso de casación por cualquier motivo, trascendente o intrascendente, sustancial o fútil. Basta bautizar la real o supuesta irregularidad con el pomposo nombre de nulidad constitucional para que forzosamente, si la demanda reúne los requisitos formales, la Corte tenga que entrar a estudiar y decidir el recurso de casación. Así, Colombia es uno de los pocos países del mundo en los cuales basta calificar con el nombre de nulidad supralegal o constitucional cualquier tipo de irregularidad para que se tenga acceso al recurso.

Lo anterior produce un resultado paradójico: de una parte, el recurso de casación, instituido principalmente para ejercer un control de legalidad de las sentencias por vicios in judicando, y secundariamente por vicios in procedendo, en derecho procesal penal el fin primario se ha convertido en el fin secundario; y por otra parte, a través del recurso de casación fundado en la nulidad, se convierte la Corte en una tercera instancia, porque, al no estar determinados los supuestos de hecho de las causales de nulidad, se puede invocar ésta con base en cualquier hecho, obligando a la Corte a revisar toda la actuación anterior.

4). Otra potísima razón menciona la Corte Suprema de Justicia en la transcrita sentencia de 8 de mayo de 1.970, en favor de la tesis de que sea el legislador el que determine todas las causales de nulidad en los procesos penales. Se asevera allí que si fuera del arbitrio de los jueces crear nulidades, la discrecionalidad de éstos para deducir nulidades por vicios in procedendo, "sería un factor de incertidumbre en la administración de justi-

cia". Lo que se predica de los jueces, se aplica a la Corte. Y razonablemente no se podría negar que la institucionalización de las nulidades de origen jurisprudencial se ha constituido en un auténtico "factor de incertidumbre", puesto que nadie ha elaborado una teoría acaba ni existe una jurisprudencia completa que diga cuáles son los supuestos de hecho de tales nulidades. Se sabe que existen, se conocen algunas, pero nadie ha dicho cuáles y cuántas son exactamente. La consecuencia de este defecto es la que la alegación de nulidades, a falta de criterio legal, se deja al criterio de las partes, según sus conveniencias, y al arbitrio de los jueces, existiendo en estos últimos las más diversas tesis y teorías. Y esta incertidumbre ha traído una serie de consecuencias nefastas, algunas de las cuales la misma Corte señala: son pocos los procesos que normalmente culminan en sentencia, se atenta contra la seguridad del proceso penal, se entraba la "necesaria y delicada función pública de la represión punitiva", se multiplica inútilmente la actividad procesal y se incrementa notoriamente la impunidad. Y la impunidad es un premio indebido que el Estado otorga a los delinquentes.

5). La concesión indiscriminada, por cualquier causa, del recurso de casación con solo alegar la existencia de nulidades constitucionales, viola el principio de igualdad de tratamiento de las personas ante la ley y establece privilegios indebidos en favor de los autores de los hechos punibles más repudiables, privilegio que se niega a quienes son sindicados de hechos punibles de menor o de mínima gravedad. Siempre he considerado que el recurso de casación constituye una excepción al principio de igualdad de las personas ante la ley. Pero esta desigualdad es más notoria y odiosa en el proceso penal que en cualquier otro tipo de proceso. Si en la práctica, a través del recurso de casación y mediante la alegación de la nulidad supralegal, se ha convertido a la Corte Suprema de Justicia en una tercera instancia, lo lógico sería que esa práctica se legalizara, se institucionalizara, y que todos los sindicados tuvieran el privilegio de ser oídos por la Corte Suprema de Justicia. Así se establecería una coincidencia entre la teoría y la práctica, y se haría efectiva la igualdad que se predica.

Al establecer el artículo 218 del actual C. de P.P. que procede el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, por delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, y al estatuir el artículo 226 numeral 3 del mismo Código, que es causal de casación haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad, se llega a la desoladora conclusión de que los sindicados de los crímenes que más gravemente lesionan los intereses de la sociedad, son quienes gozan del privilegio de poder alegar nulidades constitucionales, mientras que éste se niega a quienes son autores de infracciones de menor capacidad de lesión de tales intereses.

6). Otro factor de inconveniencia del sistema de las nulidades de origen jurisprudencial lo constituye el hecho de que, iniciada la vigencia de un nuevo Código de Procedimiento Penal, no hay uniformidad de criterios ni criterios definidos sobre cuántas y cuáles son las nulidades dentro del proceso. Tal unificación de criterios solo se logra a través de una larga experiencia jurisprudencial, cuya elaboración corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Y cuando ya se ha llegado a esa ardua y larga labor de elabora-

ción y unificación de criterios jurisprudenciales, a veces la manía y otras veces la necesidad de reformar los Códigos, produce el efecto de que esa doctrina jurisprudencial, cuando empezaba a ser asimilada por los jueces, de la noche a la mañana queda sin fundamento jurídico, y los jueces y abogados se encuentran, como en la fábula del mito de Sísifo, con la condena de tener que empezar nuevamente, cuando la carga se había llevado hasta la cima. Puede afirmarse que en materia de derecho procesal penal, a partir de 1964, la improvisación y la manía reformista han sido dos características notorias.

7). Otro argumento para sustentar esta ponencia: considero que la larga experiencia jurisprudencial sobre nulidades, desarrolladas durante más de sesenta años por la Corte Suprema de Justicia, debe servir ya de fundamento para que el legislador determine taxativamente las causales de nulidad. Esa larga y cuidadosa elaboración jurisprudencial no puede ser desconocida. Una de las grandes tareas de la Corte Suprema de Justicia ha sido la de dar cabida a la administración de justicia a nuevas manifestaciones derivadas de la aplicación del derecho, haciéndolo efectivo y rejuveneciéndolo. Y no se puede sostener que porque en el tema de las nulidades en el proceso penal nadie ha dicho hasta el momento la última palabra, no puede legislarse sobre la materia, y deba continuarse, por tal razón, con el sistema vigente, porque ello sería aceptar el criterio de que mientras la vida, las gentes y los pueblos estén en transformación permanente, no se debe legislar, sino esperar un supuesto estado de inercia total.

Con base en la experiencia, es función del legislador dictar normas que regulen la acción futura de las personas.

En relación con este tema, hay quienes afirman que el campo de las nulidades dentro del proceso penal es tan amplio, que no es posible que el legislador haga una mención taxativa de las causales de nulidad. Por ejemplo, los Doctores JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTE-ALEGRE LYNETT, sostienen lo siguiente: "Le corresponderá al juez en cada caso determinar qué actos socavan la estructura fundamental del proceso, porque resulta verdaderamente imposible y además antitécnico desde el punto de vista legislativo, que el Código hubiese enumerado exhaustivamente cada uno de los vicios trascendentales en la relación jurídica procesal. Esta tarea le corresponde al juez, aplicando los principios generales de las nulidades (V. gr. El de instrumentalidad de las formas y de la finalidad incumplida) para evitar el formalismo" (El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E., 1987, página 233).

No puedo compartir el criterio de estos ilustres juristas, porque sería aceptar que o bien el legislador es inepto para regular esta materia, o bien el proceso penal contiene un número tal de aspectos sustanciales, que se hace imposible una legislación que fuese de manera expresa las causales de nulidad. Y no acepto ninguno de estos extremos, que no corresponden a la realidad. El tema de las nulidades en el proceso penal es difícil. Pero no se puede afirmar que sea imposible legislar sobre las nulidades.

#### D. CRITICA AL SISTEMA DE LAS NULIDADES EN EL NUEVO CODI-

#### GO DE PROCEDIMIENTO PENAL:

Definitivamente, y con vista en el artículo 305 del nuevo Código de Procedimiento Penal, se llega a la desagradable conclusión de que el tema de las nulidades fue totalmente evadido por el legislador extraordinario (?), ya que el ordinario evadió sus funciones bajo el común expediente, y ordinario expediente, de las facultades extraordinarias.

Es más, comparando los términos del artículo 305 del Decreto 050 de 1987, con los términos del artículo 210 del derogado decreto 409 de 1971, se sorprende uno cómo, en vez de avanzar, se ha retrocedido en esta materia. En el artículo 210 del Código anterior, por lo menos se enumeraban con precisión algunos de los supuestos de hecho constitutivos de causales de nulidad. Pero en el artículo 305 del nuevo código de Procedimiento Penal no solamente se disminuye el número de precisos supuestos legales constitutivos de nulidad, sino que se dan criterios totalmente vagos, indeterminados, sobre las nulidades, dando campo a que en este momento lo único que impera es la incertidumbre total sobre los hechos constitutivos de nulidad. En la causal segunda de este artículo se consagran como "causales de nulidad". "La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso", y en la tercera, "la violación del derecho a la defensa". Parecería que la violación del derecho de defensa, dentro del proceso penal, no fuera una irregularidad sustancial y, mirando tal división de causales, podría pensarse que pueden cometerse irregularidades sustanciales sin que se viole el derecho de defensa. No otra explicación tiene, aparentemente, la separación de las causales 2a. y 3a.

Las causales de nulidad, para que no conviertan el proceso penal en un laboratorio de cábalas, hipótesis arbitrarias y debates teóricos, necesariamente deben contener un supuesto de hecho, vale decir, la previsión de un comportamiento humano posible, al cual la norma le otorga o le niega un efecto jurídico determinado. Y en segundo lugar, los términos del supuesto de hecho deben ser precisos, claros y fácilmente inteligibles y determinados. Cuando no existe un supuesto de hecho, o cuando el supuesto de hecho es vago, o equívoco, necesariamente se entra en el terreno de las discusiones bizantinas, y en el terreno de la arbitrariedad. Por ello es criticable que el legislador extraordinario, que desde hace muchos años dejó de ser extraordinario para convertirse, respecto de códigos, en legislador ordinario, remita a conceptos tan genéricos, como lo son los de "irregularidades sustanciales" y "violación del derecho de defensa", como a los supuestos fácticos de las nulidades en materia penal, y en asunto tan trascendental para la administración de justicia. Una causal de nulidad jamás puede fundarse en conceptos, mucho menos si esos conceptos son ambiguos o indeterminados.

El casuismo y la ambigüedad son dos defectos en la actividad legislativa. La labor del legislador se manifiesta a través de normas jurídicas generales y abstractas, en cuanto están dirigidas a todas las personas y no regulan ningún hecho específico real. En cambio, deben contener un supuesto de hecho, no indeterminado, sino plenamente determinable, al cual corresponda el efecto jurídico. Tomar como supuesto de hecho un concepto, y no un hecho humano posible, es una actividad totalmente contra-

ria al orden jurídico, porque los conceptos son cambiantes, vagos, debiles y nunca uniformes. El legislador debe consignar en normas jurídicas supuestos de hechos concretos, es decir, comportamientos humanos posibles, y deducir de ellos efectos jurídicos. El sistema empleado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, consistente en dejar que sea el juez el que determine, en cada caso, qué hechos constituyen nulidad, es propio de otros sistemas jurídicos, pero totalmente ajeno a nuestra idiosincrasia. Y aunque no quiero aparecer como profeta de catástrofes, me parece que si en el anterior Código de Procedimiento Penal la materia de las nulidades procesales era compleja, en el nuevo Código, por ausencia de una regulación técnica, se va a presentar una parálisis mayor en la administración de justicia, y no ciertamente por culpa de los jueces, sino por culpa de los sindicatos y de sus defensores que van a alegar cualquier insignificante irregularidad como causal de nulidad. Lo cual es explicable porque nadie sabe cuáles son los hechos constitutivos de nulidad.

## CAPITULO V

### APROXIMACION AL TEMA DE LAS CAUSALES DE NULIDAD EN EL PROCESO PENAL.

Al aceptarse la necesidad de legislación completa y expresa sobre nulidades en el proceso penal, considero fundamental hacer las siguientes observaciones previas:

A. En la transcrita jurisprudencia de 8 de Mayo de 1.970 se citó al jurista italiano MARIO PAGANO, respecto de su opinión de que un buen derecho procesal penal debe limitar las sanciones de nulidad al mínimo, sin lesionar ni los intereses del Estado ni los de los particulares. En la determinación de las causales de nulidad en el proceso penal, no es posible, ni conveniente, hacer una enumeración casuista, ni convertir en motivos de nulidad irregularidades insustanciales. La necesidad de que el número de causales se reduzca a lo indispensable, conciliando siempre el interés público de defensa social y el derecho de defensa de los procesados, es un postulado que no admite controversia.

B. Para la determinación de las causales de nulidad debe partirse de la amplia, fundamentada y cuidadosa elaboración jurisprudencial ya existente, que data de más de sesenta años. Esta debe ser la experiencia fundamental en cualquier legislación sobre el tema. Y no sobra observar que al legislar sobre nulidades, la Corte Suprema de Justicia no va a perder su función histórica de ser el organismo receptor de todos los cambios sociales y políticos, para acomodarlos a las instituciones jurídicas existentes.

C. La tarea de legislar sobre este tipo de nulidades, debe encomendarse, en primer término, a los juristas más prestigiosos en la materia, pues dadas la complejidad y la importancia fundamental de este tema, su regulación debe ser objeto de una controversia previa amplia y de una rigurosa selección. En asunto tan importante, necesariamente el legislador tiene que estar asesorado por auténticos expertos.

Para ser consecuente con esta ponencia, y admitiendo de antemano

errores y deficiencias, pero cumpliendo con el deber que corresponde al jurista, de buscar nuevos horizontes al derecho y cuestionar aquellas disposiciones desuetas o inconvenientes, no debatidas a veces por pura inercia mental, someto a consideración de ustedes las siguientes causales de nulidad, advirtiéndole también que es imposible, por razones de tiempo, explicar y sustentar cada una, y que algunas de ellas demandarían un debate con tiempo aún mayor del que se dispone para esta ponencia:

ARTICULO: El proceso penal será nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1). Cuando exista falta de jurisdicción o falta de competencia.
- 2). Por falta de legitimidad en el querellante, en todos aquellos casos en los cuales el proceso no deba iniciarse de oficio.
- 3). Cuando se haya iniciado el proceso encontrándose extinguida la acción penal.
- 4). Seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponde o pretermitir alguna etapa o algún trámite de ésta.
- 5). Revivir procesos legalmente concluidos, proceder contra providencia ejecutoriada del Superior, pretermitir la respectiva instancia o iniciar nuevo proceso contra el mismo sindicato y por los mismos hechos, cuando haya sido absuelto en sentencia firme.
- 6). No ser juzgado el procesado conforme a las normas procesales preexistentes al acto que se le imputa, o no ser juzgado conforme a la ley vigente al tiempo de iniciarse el proceso, cuando ésta sea permisiva o favorable al imputado.
- 7). Ser condenado el procesado con base en norma penal que no estaba vigente al momento de la comisión del hecho, o habersele negado la aplicación del principio de favorabilidad.
- 8). La omisión o la limitación de términos para pedir pruebas o para interponer y sustentar recursos, la denegación de recursos procedentes oportunamente presentados, o la omisión de la consulta.
- 9). La falta de práctica de pruebas pedidas por el procesado o su defensor, procedentes y conducentes, salvo que de las aportadas al proceso resulte evidente que las pruebas no practicadas no habrían modificado la calificación o la decisión.
- 10). Haberse dictado sentencia con base en pruebas a las cuales no se les dio el trámite legal para su publicidad y contradicción o no haberse practicado las pruebas necesarias para determinar la inimputabilidad del sindicato, la competencia o el trámite.
- 11). No haberse recibido indagatoria al procesado, o las ampliaciones pedidas por éste, o habersele emplazado antes de la oportunidad legal o sin

las formalidades exigidas.

12). No habérsenle hecho al procesado las advertencias de que trata el artículo 380 del C. de P.P., o haberse obtenido su confesión con el empleo de métodos o procedimientos ilegales, habersele impedido asesorarse o nombrar defensor o no habersele designado de oficio en los casos previstos por la ley.

13). La falta de notificación o la notificación irregular de las providencias judiciales, siempre que el sindicado o su apoderado no hayan actuado notificados por conducta concluyente, o que tratándose de notificación de autos, la irregularidad no se hubiere alegado antes de la audiencia.

14). La falta de cumplimiento evidente e injustificado de los deberes del defensor, tanto en la etapa del sumario como en la etapa del juicio.

15). Haberse incurrido en la resolución de acusación en error sobre la denominación jurídica del hecho, sobre la época o lugar en que se cometió, sobre la identidad física del procesado, sobre el nombre y apellido del ofendido, sobre las normas jurídicas sustanciales o no haberse determinado el tipo de imputación subjetiva, cuando fuere necesario, o ser equívoca la imputación.

16). La falta de congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, y en los procesos en que interviene el jurado, la falta de congruencia entre la resolución de acusación, el cuestionario y el veredicto.

17). La falta de motivación de la sentencia, de la resolución de acusación y de las providencias que nieguen la libertad provisional, la libertad condicional o el habeas corpus.

#### CONSIDERACIONES FINALES:

Siempre he considerado que la justicia es lo que el legislador quiere que sea. En nuestro país el legislador ha querido una justicia deficiente, sobre todo en la rama penal. Tenemos un estado de derecho formal, que no es suficiente, y anhelamos un estado de derecho real, en el cual se logre el propósito de hacer efectivos los derechos tutelados en normas sustanciales. Para lograr este propósito, es indispensable producir transformaciones profundas en las facultades de derecho, en la mentalidad de abogados y jueces, en la legislación, simplificándola y agilizándola, e introduciendo la técnica en la administración de justicia. Existen muchos otros aspectos que tiene que ser también transformados totalmente. Y si bien no está en nuestras manos de juristas hacer todas estas transformaciones, sí nos es posible llamar la atención sobre todos aquellos aspectos que entran la justicia y la hacen ineficaz. Y esta es una labor impostergable, que debe empezar ahora mismo, porque mañana es tarde.