

**EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO COMO CAUSAL  
DE NULIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

**ALUMNA:**

**LUZ DARY FLOREZ QUIÑONEZ**

**La línea de investigación: “Derecho penal e implementación del sistema penal  
acusatorio”**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**

**BOGOTÁ D.C.**

**2017**

**EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO COMO CAUSAL  
DE NULIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

**ALUMNA:**

**LUZ DARY FLOREZ QUIÑONEZ**

**Trabajo de grado para Optar al título de Especialista en DERECHO PENAL Y  
CRIMINOLOGIA**

**Tutor:**

**Magister JOSE IGNACIO GONZÁLEZ BUITRAGO**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**

**BOGOTÁ D.C.**

**2017**

**Nota de Aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del jurado**

---

**Firma del jurado**

---

**Firma del jurado**

**Bogotá D.C., 2017**

## **DEDICATORIA**

*El presente trabajo de investigación lo dedico a Dios por mostrarme día a día que con disciplina, paciencia y sabiduría, todo es posible.*

*A mis padres y a cada uno de mis hermanos quienes con su amor, apoyo y comprensión incondicional estuvieron siempre a lo largo de mi vida estudiantil; a ellos que siempre tuvieron una palabra de aliento en los momentos difíciles y que han sido incentivos de mi vida, por ultimo a mis docentes, ya que cada uno apporto conocimientos para mi vida profesional.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Agradezco en primer lugar a Dios quien me dio la vida y la ha llenado de bendiciones en todo este tiempo, a él que con su infinito amor me ha dado la sabiduría suficiente para culminar esta especialización en el área de penal y criminología.*

*Quiero expresar mi más sincero agradecimiento, reconocimiento y cariño a mis padres por todo el esfuerzo que han hecho acompañándome en mi parte moral y hacer de mí una persona de bien, gracias por los sacrificios y la paciencia que demostraron todos estos años; gracias a ustedes he llegado a donde estoy.*

*Agradezco también de manera especial a mi Director de tesis quién con sus conocimientos y apoyo supo guiarme en el desarrollo de la presente tesis desde el inicio hasta su culminación.*

*“Ahora puedo decir que todo lo que soy es gracias a todos ustedes”*

**LA AUTORA**

## **CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

### **CAPITULO I: APROXIMACIÓN AL TEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.2.OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.2.1. Objetivo General**

##### **1.2.2. Objetivos Específicos**

#### **1.3. MARCOS DE REFERENCIA:**

##### **1.3.1. Marco teórico**

##### **1.3.2. Marco legal**

##### **1.3.3. Marco conceptual**

#### **1.4. METODOLOGIA**

### **CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS TEORICOS SOBRE EL DEBIDO PROCESO**

#### **2.1. CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO**

#### **2.2. DERECHOS QUE COMPRENDE LA GARANTIA AL DEBIDO PROCESO.**

#### **2.3. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

##### **2.3.1. El Debido Proceso cómo derecho fundamental en la Constitución Política de 1991.**

##### **2.3.2. Competencia del legislador para regular el derecho al Debido Proceso.**

### **CAPITULO III: EL DEBIDO PROCESO GENERADOR DE NULIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

#### **3.1. EL DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO COMO INSTRUMENTO PARA ASEGURAR UNA SENTENCIA JUSTA**

##### **3.1.1 Garantismo penal**

##### **3.1.2. La nulidad como garantía penal**

## **3.2 EL JUEZ DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

### **3.2.1 Juez de Control de Garantías y Juez de Conocimiento**

## **3.3 CLASES DE NULIDAD QUE SE PRESENTAN EN EL PROCESO LEY 906 DE 2004**

## **3.4. NULIDAD PROCESAL POR DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO - CAUSAL SEGUNDA DE CASACIÓN**

### **3.4.1. Casación en materia Penal**

### **3.4.2. Consagración Legal:**

### **3.4.3. Aspectos de la Casación Penal en la Ley 906 de 2004: Código de Procedimiento Penal.**

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRÁFICAS**

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene como pretensión mostrar lo importante del principio del Debido Proceso en el juicio penal colombiano, partiendo del hecho de ser este una expresión de las garantías constitucionales y cómo su desconocimiento se constituye en el elemento central para buscar la nulidad del procedimiento. En principio se busca explorar los fundamentos teóricos que dan cuenta del Debido Proceso, conceptualizando, desde lo teórico y la normatividad vigente, su naturaleza como principio de consagración legal en la Constitución Política Colombiana.

Al final se podrá identificar los criterios teóricos que permiten señalar que el Debido Proceso en una garantía procesal y en particular en el proceso penal y que hace posible, en diferentes momentos, demandar su cumplimiento y logrando la declaratoria de etapas del proceso o finalmente, luego de obtenerse sentencia, acudir a la casación como recurso extraordinario para lograr la nulidad por el desconocimiento de este principio constitucional asegurando las garantías constitucionales que toda persona debe recibir al ser sujeto de un proceso penal.

**PALABRAS CLAVES:** Debido Proceso, Garantías Constitucionales, Principios Constitucionales, nulidad, Casación penal.

## ABSTRAC

This research work has as claim to show the important principle of due process in the criminal trial of Colombian, from the fact of this being an expression of the constitutional guarantees and how is their ignorance in the central element to seek the annulment of the procedure. Principle seeks to explore the theoretical foundations that realize the due process, conceptualizing, from the theoretical and applicable regulations, its nature as a principle of legal consecration in the Constitution of Colombia policy.

At the end you can identify theoretical criteria that allow to point out that the due process in a procedural guarantee and in particular in the criminal process and making possible, at different times, demanding their compliance and achieving the declaratory stage of the process or Finally, after obtaining judgment, go to cassation as extraordinary appeal for the annulment by the ignorance of this constitutional principle ensuring constitutional guarantees that everyone must receive to be subject of a criminal trial.

**KEY WORDS:** Due process, constitutional guarantees, constitutional principles, nullity, criminal appeal.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como fundamento mostrar lo importante de dar cumplimiento al principio del Debido Proceso en el juicio penal colombiano, el cual brinda las garantías procesales a los individuos que están siendo procesados con el fin de respetar sus derechos fundamentales, por ser estos inviolables.

Cuando se habla de brindar garantías procesales se hace referencia a que el operador judicial debe poner en práctica todos los principios del proceso, tales como: el principio de legalidad, el juez natural, la presunción de inocencia, la favorabilidad, el derecho a la defensa, el derecho a la asistencia de un abogado, el derecho a no ser juzgado por el mismo hecho dos veces y el derecho a controvertir pruebas.

El Debido Proceso siempre debe ser cumplido para que el sujeto procesado tenga garantizado que en el trámite de su acusación y juzgamiento cuente con los instrumentos procesales que le permitan controvertir las pruebas, a que le sean practicadas las pruebas que solicite y que no se omitan instancias o diligencias. Si en un juicio este proceder no es el que guía al juez, se podrá predicar que la actuación del juzgador es arbitraria y se entenderá que está violando las garantías procesales y los derechos fundamentales; en definitiva, se está violentando el principio del Debido Proceso consagrado en nuestra Carta Constitucional.

La Corte Constitucional, en la interpretación del alcance del Derecho al Debido Proceso, ha reconocido en el artículo 29 de la Constitución política el principio del Debido Proceso cuando consagra que: "...el carácter fundamental de este derecho proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que debe ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial la posibilidad de ser oído y vencido en juicio y de ejercer el derecho de defensa". (*Sentencia T-516/92. Corte Constitucional de Colombia 15 de Septiembre de 1992*).

De lo dicho surge la inquietud investigativa de analizar el debido proceso como garantía constitucional y como ésta se constituye el elemento central para buscar la nulidad

del procedimiento que no lo respetó. En tal sentido la pregunta de investigación que se plantea en el presente trabajo es: ¿Cuáles son las características del debido proceso, que permiten que su inobservancia se constituya en una causal de nulidad procesal?

Para contestar esta pregunta de investigación se ha planteado el siguiente objetivo General: “Determinar las características del principio constitucional del debido proceso de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1.991 y cómo su inobservancia en el proceso penal se constituye en causal de nulidad procesal y si realmente se respeta el debido proceso en un juicio penal en Colombia”. El logro de este objetivo general se hará con fundamento en los objetivos específicos, a saber: a) Conceptualizar, desde lo teórico y la normatividad vigente, el debido proceso como principio constitucional, b) Identificar los criterios teóricos que permiten comprender el debido proceso como una garantía procesal y en particular en el proceso penal y c) Describir la nulidad procesal penal originada en la violación del principio de debido proceso.

La línea de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia, dentro de la cual está inscrita la presente investigación se denomina “Derecho penal e implementación del sistema penal acusatorio”, que de conformidad con lo señalado por la Universidad tiene como objetivo central explorar la implementación del nuevo sistema y observar su impacto en la administración de justicia, en concordancia con el deseo supremo de lograr una pronta y cumplida justicia, aspirando a que se dé un control efectivo a la impunidad en nuestro país. En la descripción de la línea, el documento institucional expresa: “El cambio en el sistema penal acusatorio responde a los procesos de homogenización de los sistemas de administración de justicia que se han producido en los últimos veinte años, a partir de los procesos de globalización del derecho que afectan a las sociedades contemporáneas”, más adelante puntualiza: “Los efectos de la implementación del nuevo sistema generaron un vacío del conocimiento en materia penal que se ha tratado de llenar con diversas investigaciones sobre el tema ... Debido a esto, la línea primaria de investigación de derecho penal e implementación del sistema penal acusatorio da cuenta de

los cambios y transformaciones en el proceso de la administración de justicia, y que por el otro, permiten analizar las realidades del nuevo sistema”<sup>1</sup>

La investigación proyectada dentro del Programa de Derecho, se justifica en la actualidad no solo por las constantes transformaciones que se registran en nuestra sociedad, sino en el dinamismo que se origina a nivel mundial en el comportamiento del ser humano, como protagonista central en esta especialidad del Derecho.

El valor jurídico de esta investigación se basa en las garantías constitucionales en el Debido Proceso, en el derecho a tener un Juez imparcial, dando a las partes igualdad para que ejerzan su defensa o argumenten su litigio, con el fin de que estos actos lleven a la verdad y se haga justicia, partiendo del principio de contradicción o la carga de la prueba.

---

<sup>1</sup> Documento Maestro presentado al Ministerio de Educación Nacional para la renovación del registro.

## **CAPITULO I**

### **APROXIMACIÓN AL TEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Los constantes cambios que se producen en la legislación Colombiana, resultan de gran importancia para propiciar espacios de investigación que permitan abordar temas centrales del derecho penal y la criminología, así las cosas, es muy amplio el campo de estudio dentro de las ciencias penales, pero la necesidad de asumir el reto de encontrar un tema que resulte pertinente con la formación obtenida en la especialización y teniendo en cuenta que se ha producido en el país una transformación en el derecho a raíz de haberse constitucionalizado todo el derecho a partir de la aprobación de la Constitución Política de 1991. Dentro de ese espectro se ubica el problema de investigación que propone el presente trabajo, profundizar sobre el principio constitucional del debido proceso, como pilar, no solo del derecho penal, sino también del derecho administrativo y del disciplinario, por ejemplo. Ese estudio que se propone debe partir necesariamente por analizar el concepto del Debido Proceso desde la norma superior, la Constitución y luego asumir el estudio de la legislación nacional que lo implementa, sin dejar pasar la oportunidad de revisar la legislación internacional que también tiene mucho que aportar sobre el tema.

Es pues evidente la importancia de profundizar en el conocimiento del debido proceso e identificar las consecuencias procesales que trae el desconocimiento de dicho principio constitucional. Con la profundización que se propone vendrá, de contera, el conseguir el mejoramiento de la capacidad de analizar, criticar, argumentar e interpretar las normas constitucionales y penales.

Es lamentable que en nuestro país se observe el desconocimiento del Debido Proceso en muchos juicios que luego son el sustento de muchas demandas contra el Estado, por violación a las garantías procesales. Buscar las razones por las cuales no se cumple el debido proceso, exige de parte del Estado y sus entes de control, implementar un seguimiento puntual para hacer evidente las falencias y así poder disminuir las arbitrariedades que llevan a que una gran cantidad de personas sean víctimas de ésta

violación y posiblemente estén pagando condenas por delitos que no cometieron, es así como el presente trabajo se orienta a profundizar sobre el concepto del principio del Debido Proceso y ver su incidencia como causal de nulidad procesal, por cuanto este se constituye en una garantía procesal.

La Corte Constitucional resalta la importancia del debido proceso al destacar que: “La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo. (*Sentencia T-280/98 Corte Constitucional*).

### **Pregunta de investigación:**

Como pregunta de investigación y que orientara la misma se propone: ¿Cuáles son las características del Debido Proceso, que permiten que su inobservancia se constituya en una causal de nulidad procesal?

El encontrar una posible solución a la pregunta de investigación, será viable en la medida en que el objetivo general de la investigación se dirija a buscar elementos que configuren una respuesta adecuada a la misma. De allí que el objetivo sea el que se enuncia a continuación.

## **1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. Objetivo General**

Determinar las características del Debido Proceso de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana de 1991 como fundamento de la causal de nulidad procesal penal en Colombia.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

- Conceptualizar, desde lo teórico y la normatividad vigente, el debido proceso como principio constitucional
- Identificar los criterios teóricos que permiten comprender que el Debido Proceso es una garantía procesal y en particular en el proceso penal y
- Describir la nulidad procesal penal originada en la violación del principio de Debido Proceso.

### **1.3. MARCOS DE REFERENCIA:**

#### **1.3.1. Marco teórico**

A continuación se enunciarán algunos conceptos propios de los tratadistas del presente tema y que estuvieron al alcance de la investigadora, con el objeto de analizar, desde la teoría de cada uno de ellos, en especial saber lo que entienden por Debido Proceso y así construir un cúmulo de características que luego serán utilizadas para desarrollar los capítulos que más adelante se trabajaran.

Un primer autor que encontramos como soporte teórico de la presente investigación es el profesor Ricardo Molina López (2010), quien plantea que el Debido Proceso está ligado a la actividad judicial o administrativa, tendiente a cumplir a cabalidad los rituales propios de cada proceso y con ello se asegura el respeto a los derechos fundamentales del implicado o administrado, el procesor expresa:

*... debido proceso es la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso.*

*El tratamiento del debido proceso a través de la jurisprudencia constitucional y nuestra legislación no contiene ninguna definición del debido proceso. Ni siquiera su consagración constitucional es clara,..., tampoco la doctrina se ha referido al punto, pues siempre se le invoca como una fórmula salvadora, por su sola calificación como derecho fundamental y por lo mismo tutelable.*

(...)

*El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. Es debido aquél proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material”. (Pág. 19).*

Este autor recuerda la definición que la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, anterior a la Corte Constitucional, daba al Debido Proceso indicando que:

*“El debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo, una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme al derecho. El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem”. (Pág.9)*

De lo manifestado por este autor, se desprende que la administración de justicia está sujeta al imperio de la ley, ello quiere decir que se debe ejercer dentro de los términos establecidos, de forma previa, por normas generales y abstractas que vinculan a los operadores judiciales. Así las cosas, está prohibida cualquier acción que no esté prevista en la ley y ejercer sus atribuciones apoyándose en una previa atribución de competencia.

Por su parte, el profesor Prieto Monroy, Carlos Adolfo (2003) docente Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, aun cuando no cree que esté bien definido el Debido Proceso en el artículo 29 de la Constitución Política, concluye que el Debido Proceso consta de dos términos o palabras que cada uno significa lo siguiente:

*Debido, en una primera acepción, es lo que se debe, lo que un sujeto debe a otro, en términos de prestación. Así pues, debido es lo que es adecuado para hacer algo, y como adecuado es lo conforme con un principio, debido es el proceder conforme con un o unos principios. En este orden de ideas, Debido proceso es la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y*

*particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso.*  
(pág. 817)

El Debido Proceso es un asunto que tiene una gran relación con los derechos humanos reconocidos por tratados internacionales y que se incorporan, por el bloque de constitucionalidad, a la legislación nacional.

Otro de los autores que sirven de referentes para la presente investigación es el profesor argentino Alvarado Velloso, Adolfo (2008) que sobre el Debido Proceso señala su origen y muestra como es fruto del deseo de estados garantistas, dice:

*El derecho de fondo lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, de forma, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo. El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Y ese derecho procesal garantista es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos. Las ideas de imparcialidad e imparcialidad del juzgador, de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión desde el poder, termine por proponer que un bien de la vida pueda ser otorgado sin escuchar a aquél a quien ha de arrebatarlo... (Pág. 473)*

### **1.3.2. Marco legal**

Como ya se ha manifestado en párrafos precedentes, el Debido Proceso hace parte del derecho constitucional y es así como aparece en nuestra constitución política en el artículo 29. El artículo hace extensivo este principio a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas que realicen los operadores del sector público.

A partir de la constitución de 1991 la jurisprudencia constitucional ha venido perfilando, delimitando y aclarando todos y cada uno de los principios constitucionales, con ello ha propiciado la reflexión de amplios sectores de la academia y de la política en general. En principio se puede concluir que el Debido Proceso, en el desarrollo

jurisprudencial, ha sido concebido como un conjunto de garantías jurídicas, que busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación adecuada de la justicia.

Una característica central del principio del Debido Proceso es la que hace referencia a que éste se desarrolla a partir del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Según lo ha destacado la Corte Constitucional, el derecho al Debido Proceso tiene como propósito específico: “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P). *(Sentencia C-980 – 10 Corte Constitucional de Colombia)*.”

Por la importancia y trascendencia de este principio constitucional y legal, en este lugar de la investigación, es de gran utilidad que se realice un esbozo del Marco normativo Internacional, que lo consagra el Debido Proceso.

**Declaración Universal de Derechos Humanos:** La Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

**Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:** La Declaración Americana, en su artículo XXVI, reconoce el derecho al Debido Proceso únicamente como derecho de la persona acusada de un delito. Los artículos XVII y XXV de la Declaración, que reconocen el derecho a un recurso para la tutela de los derechos constitucionales y la libertad, respectivamente, precisan apenas que los recursos deben ser rápidos.

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo.

Capítulo 5: El principio de legalidad y el debido proceso legal (garantías judiciales)  
342 / Derecho internacional de los derechos humanos y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...

**Convención Americana sobre Derechos Humanos:** Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en el año de 1985, aprobó una declaración en donde se señala la importancia en 1985, en particular valen resaltar los cuatro primeros principios, a saber:

1. La independencia de la rama judicial debe ser expresa en la constitución y garantizada por el Estado.

2. Los jueces deben ser imparciales, sin presiones, amenazas o intromisiones indebidas, directas o indirectas, de cualesquiera sectores.

3. La judicatura es competente solo dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. Las decisiones de los jueces no podrán ser sometidas a revisión por parte de otros órganos. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

El derecho al Debido Proceso es de especial importancia porque, junto con el derecho a una segunda instancia, el derecho al Debido Proceso son dos caras de la misma moneda. El derecho al Debido Proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto (agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985).

### **1.3.3. Marco conceptual**

Uno de los primeros conceptos que deben ser tenidos en cuenta en la presente investigación es el concepto de **Derechos Fundamentales**, ya que ha hecho referencia a que el Debido Proceso es, en primera instancia, un Derecho Fundamental.

De acuerdo con Mary L. Celis L.; Yarledis M. Garavito G. y Martín E. Mejía C. (CELIS LAVERDE & GARAVITO GAIBAO, 2013) *“Los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos que pasan de ser demandas morales para convertirse en derechos jurídicos; estos derechos fundamentales deben ser subjetivos, ello implica el poder que tienen todas las personas para hacer exigibles sus derechos, en cualquier momento y sobre cualquier circunstancia”*.

Más adelante agregan:

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

Ahora bien, de acuerdo con el ilustre Magistrado de La Corte Constitucional, Ciro Angarita Barón, en Sentencia T- 778 de junio de 1992 (CORTE CONSTITUCIONAL, 1992) la definición de derecho fundamental la hace en los siguientes términos:

*El concepto de derecho fundamental, es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas. Colombia acogió esta figura en la Constitución de 1991. Una definición sintética de estos derechos es la siguiente: son los derechos inherentes a la persona humana. Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en Colombia han sido reconocidos por la Corte Constitucional algunos derechos pertenecientes a la llamada segunda generación, es decir, ha reconocido como derechos fundamentales ciertos derechos sociales que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna, Derechos tales como el mínimo vital y la salud entre otros”.*

Por su parte El título II capítulo I, artículos 11 al 41 de la Constitución indica el catálogo de derechos fundamentales, tales como: El derecho a la vida es inviolable, que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, a ser libres y por tanto se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas, se garantiza la libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresar, el derecho a la honra, la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, derecho de peticiones, derecho a circular libremente por el territorio nacional, derecho al trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, derecho a no ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, derecho al Debido Proceso, derecho al hábeas corpus, la doble instancia, aprehender al delincuente sorprendido en flagrancia, derecho a no declarar contra sí mismo o contra su

cónyuge, compañero permanente o parientes, derecho a no sufrir penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, se prohíbe la extradición, derecho de asilo, derecho de reunión, derecho a la libre asociación, derecho a constituir sindicatos o asociaciones, y el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

De todos estos derechos que se consideran fundamentales se destaca el derecho fundamental, materia de esta investigación, el Derecho al Debido Proceso, y el artículo 29 así lo define:

*Artículo 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.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

Por su parte, BOROWSKI (2013) citado por Mary L. Celis L.; Yarledis M. Garavito G. y Martín E. Mejía C. (2013), puntualiza: "... la transparencia de los operadores judiciales al ejercer sus funciones como determinadores de un juicio, que se garantiza con el Derecho de defensa en el sistema penal acusatorio. El proceso debe ser llevado con total neutralidad sin afectar o vulnerar los derechos del procesado y del mismo modo respetando los derechos de las víctimas..." (pág. 3)

Otro de los conceptos centrales que orientan este trabajo es **el derecho a la defensa** y quien más que tomar la descripción que de él hace la Corte Constitucional (2011) que ha dicho:

*En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las siguientes reglas: (i) ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal; (iii) el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso; (iv) el derecho de defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado al interior de un proceso penal; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial; (vi) el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; y (viii) la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho. (Sentencia C-371 del 2011. Corte Constitucional de Colombia).*

De otra parte, el concepto de la **nulidad en el proceso penal** en esta investigación y respecto a este principio es necesario hacer alusión a la causal segunda de casación, consagrado en el artículo 181, Ley 906 de 2004, el artículo es del siguiente tenor: “PROCEDENCIA. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 2) Desconocimiento de la estructura del Debido Proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”. Este artículo se debe cotejar con el artículo 457, del Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que indica: “NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del Debido Proceso en aspectos sustanciales”.

Es importante resaltar que las causales de nulidad procesal son taxativas, es decir, que la causal debe estar señalada o establecida en la norma, de lo contrario no se podrá alegar.

En estricto sentido, el acto procesal debe ajustarse a las formalidades preestablecidas en la norma para su producción y con ello alcanza el grado de validez. El remedio para el incumplimiento de las formalidades o Debido Proceso es necesariamente la nulidad del fallo cuestionado y con ello se subsana el error y garantizar el cumplimiento pleno de los derechos fundamentales del inculgado.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia 931 de 2016, (proceso: 43356 número: 03/02/2016) el magistrado ponente señaló:

*De manera que en sede de casación, no basta con solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado. Tampoco puede olvidarse que si lo que se persigue con la casación es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación*

*del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria.*

El Debido Proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales, así como también comprende el principio de tribunal o juez imparcial.

#### **1.4. METODOLOGIA**

**MÉTODO ANALÍTICO.** El Método aplicado a esta investigación es analítico, porque nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su composición teórica y establecer nuevas teorías; asimismo, se comparan documentos como sentencias, diferentes autores, artículos de internet, etc., con el fin de dar una mayor claridad y una respuesta satisfactoria al problema de esta investigación. Además, se tienen en cuenta los diferentes estudios realizados sobre el Debido Proceso con el fin de ampliar los conocimientos y llevarlos a la práctica para el mejoramiento de la aplicación de las distintas normas y leyes del Estado colombiano.

**Tipo de investigación:** La investigación es eminentemente teórica y de profundización y nace como exploratoria y luego con los datos analizados se convierte en uno de tipo explicativo. Se busca mostrar las justificaciones teóricas y legales sobre el principio del Debido Proceso para lo cual se tomaran criterios judiciales expuestos en determinados casos, para ser sometidos al análisis investigativo.

#### **Fuentes Primarias y Secundarias:**

Las fuentes de consultas son Primarias, en cuanto analiza sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia sala Penal, así como las normas directamente.

Se complementa con fuentes secundarias en la medida que se hace una revisión amplia de textos de teóricos que han dado elementos para el análisis del tema.

**Técnicas de Investigación:** Se acude al análisis de carácter documental, partiendo de la lectura general, luego pasando al contenido particular para retomar lo más relevante de los textos

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTOS TEORICOS SOBRE EL DEBIDO PROCESO

#### 2.1. CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO

En el primer capítulo, en la parte correspondiente a los marcos de referencia, se hizo una aproximación al concepto de lo que se debía entender por Debido Proceso, en el presente capítulo se pretende avanzar en la conceptualización teórica del concepto y afianzar las características y la trascendencia que se deriva de ser un derecho fundamental.

El Debido Proceso es concebido en la legislación colombiana como una garantía constitucional y legal, que se radica en cabeza de toda persona cuando ésta se encuentra inmersa en actuaciones de carácter judicial o administrativa. Esta garantía se materializa cuando el operador judicial o administrativo respeta el procedimiento para cada caso, so pena de vulnerar dicha garantía o derecho fundamental, de lo antes dicho se concluye que las autoridades respetaran aspectos tales como: notificación de la apertura de una investigación, el derecho a la defensa, la posibilidad de controvertir pruebas y solicitar aquellas que le sean favorables y finalmente, permitir los recursos pertinentes, siempre garantizando la doble instancia, entre otros.

La Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 1996, ha dicho al respecto del Debido Proceso:

*(...) el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo.*

Posteriormente, la misma corte, en sentencia C-154 de 2004, es más explícita y amplía el concepto así:

*(...) como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de*

*modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”.*

La Corte Constitucional en el año 2010 vuelve a tomar el tema del debido proceso y lo define en los siguientes términos:

*... La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.*

*En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y*

*demás derechos y libertades públicas” (preámbulo y artículos 1º y 2º de la C.P).*  
(Sentencia C-980 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Consejo de Estado (2007) también se ha manifestado sobre el concepto del Debido Proceso y ha sostenido que es: “... una garantía constitucional instituida en favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial (artículo 29). (...)”,

Para el profesor Carlos Adolfo Prieto Monroy (2003), el Debido Proceso es: “(...) la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso.” (Pág. 811).

Algunos tratadistas, entre ellos Bernardo Carvajal (2010) han distinguido tres aspectos constitutivos del concepto a saber:

- Desde un punto de vista formal: el Debido Proceso es una **norma de rango constitucional** de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional. Es decir que el concepto está en el rango constitucional de arriba hacia abajo.
- En segundo lugar, se trata de una **norma jurídica de principio**, estrechamente relacionada con otras normas de similar naturaleza que orientan la actividad de la autoridad de justicia y administrativa y que comúnmente se entiende dentro de subprincipios y reglas.
- Y en tercer lugar, se trata de un derecho fundamental que **incorpora garantías procesales** (publicidad, derecho de defensa, reglas probatorias, presunción de inocencia, impugnaciones, objeciones y recursos, etc.) (pág. 7)

Dentro del concepto del Debido Proceso, es importante señalar que el termino y su connotación de derecho fundamental tiene su origen en la expresión del derecho anglosajón “due process of law” (legal) que se remonta hasta la "Magna Carta " firmada en 1215, por el rey Juan I de Inglaterra (Juan sin Tierra).

Finalmente, el profesor Mario Madrid-Malo Garizábal (1997), sobre el Debido Proceso, precisa el aspecto de “debido”, así:

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.”

## **2.2. DERECHOS QUE COMPRENDE LA GARANTIA AL DEBIDO PROCESO.**

El Debido Proceso al ser considerado como derecho fundamental asume la categoría de Garantía Constitucional que a su vez envuelve una serie de derechos que le permiten asegurar su eficacia; en este sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-980 de 2010, ya citada, describe cada uno de esos derechos que hacen parte de la garantía del Debido Proceso. Dijo la Corte Constitucional:

*De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso: a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas*

*al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”.*

### **2.3. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Un aforismo del derecho, que se enseña desde los primeros semestres de la formación como abogados, que “No hay derecho sin acción ni acción sin derecho”. De esta afirmación se desprende que la acción es un proceso, y que si no puedo ejercer o accionar el derecho, no estoy siendo protegido por el derecho mismo. Así las cosas, la constitucionalización del derecho ha llevado a que los derechos fundamentales se constituyan en garantías procesales; es decir, otorgándoles a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección concreta. Valga entonces entender porque el gran éxito de la tutela como mecanismo para hacer valer los derechos y especialmente la tutela contra sentencias judiciales por desconocimiento del mismo, que no es otra cosa que asegurar que el derecho sea reconocido, no obstante la firmeza que se predica de la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada.

*Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso. (Jiménez J., Cristhian A., Molina M., María O., 2013)*

#### **2.3.1. El Debido Proceso cómo derecho fundamental en la Constitución Política de 1991.**

Antes de responder a la pregunta del ¿por qué el Debido Proceso es un derecho fundamental?, resulta pertinente entender que es un “derecho fundamental”. En este

sentido, se destacarán algunos conceptos de doctrinantes y de la jurisprudencia relación con el tema.

El punto de partida de los derechos fundamentales, necesariamente se encuentra en la propia constitución política, en el artículo 29, que se encuentra en el Título II, Capítulo 1, “De los derechos fundamentales” que comprende desde el artículo 11 hasta el 41, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso.

ALEXY, Robert (2002), sobre los derechos fundamentales, expresa que: “...*normas de derecho fundamental son sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental...*” (Pág. 66). Así mismo, indica que: “*El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de medio/fin y de ponderación.*” (Pág. 245).

Para Rodolfo Arango (2005) un derecho fundamental “...*es aquel que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con la característica de alto grado de importancia.*” (Pág.31).

Por su parte, Jacobo Pérez Escobar (2010) sobre lo que se debe entender por derechos fundamentales, afirmando que: “... *De ellos no hay una definición precisa, pero en términos generales se ha indicado que son aquellos inherentes a la persona humana, por lo que la sola existencia del ser humano los conlleva, no haciendo otra cosa el Estado que reconocérselos.*” (pág. 300).

La Corte Constitucional, en la sentencia T-227 de 2003, estableció que: “... los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.”

De los conceptos antes transcritos se desprende que derechos fundamentales son aquellos que tienen todas las personas por el sólo hecho de serlo; es decir, que son inherentes a la naturaleza humana de las personas y no son un beneficio otorgado por el Estado y el deber de éste es el de protegerlos. Entonces, derechos fundamentales son los reconocidos por la Constitución, inherentes a las personas y protegido en forma especial por el Estado.

### **2.3.2. Competencia del legislador para regular el derecho al Debido Proceso.**

Como bien se desprende de la lectura del artículo 29, concordado con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, es el legislador quien está facultado para ejercer la competencia de regular los diferentes procesos judiciales y administrativos, señalar sus fases, etapas, oportunidades, formalidades aplicables, los términos para interponer acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas.

Esta facultad no es ilimitada, en el sentido que debe concretarse al respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos y garantías fundamentales y la plena observancia de las demás disposiciones constitucionales, que en el caso del Debido Proceso emanan del texto mismo del artículo 29 de la Constitución Política, tales como: la existencia de un proceso público sin dilaciones injustificadas, la oportunidad de controvertir e impugnar las decisiones, la garantía del derecho de defensa y la posibilidad de presentar y controvertir pruebas.

Quiere decir lo anterior, que aun cuando el legislador es competente para establecer, dentro de un cierto margen de discrecionalidad, los procedimientos, sus formas, términos y ritualidades, unos y otros deben ser razonables y estar dirigidos a garantizar en todo caso el derecho sustancial. Tal y como lo ha puesto de manifiesto esta Corporación, “es la ley la que consagra los presupuestos, requisitos, características y efectos de las instituciones procesales, cuyo contenido, en tanto que desarrollo de la Constitución y concreción de los derechos sustanciales, no puede contradecir los postulados de aquélla ni limitar de modo irrazonable o desproporcionado éstos”. (Sentencia C-980 de 2010)

## CAPITULO III

### EL DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO GENERADOR DE NULIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

#### 3.1. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO COMO INSTRUMENTO PARA ASEGURAR UNA SENTENCIA JUSTA

En el capítulo anterior se afirmó que el debido proceso comparte un doble carácter como derecho fundamental, esto es, es un “**derecho subjetivo**” y particular, que toda persona tiene en razón de su esencia de humano y por ello puede exigir el cumplimiento de un derecho, pero a la vez, es un “**derecho objetivo**” en el sentido de ser respetado por todos, por cuanto lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia.

Pregonar derechos sin tener instrumentos con que hacerlos exigibles, no tiene sentido en un Estado democrático, por ello, frente a la inobservancia de un derecho fundamental o la vulneración de sus contenidos, por cualquier autoridad, se han previsto diferentes instrumentos de protección que hagan efectivo la plena vigencia y respeto de los mismos. Entre ellos se encuentra el Debido Proceso, entendido como aquel conjunto dialéctico y dinámico de actos procesales que aseguran dar solución a un determinado conflicto de intereses o para eliminar la incertidumbre jurídica.

El proceso, como garantía, se constituye hoy en día, como el medio de mayor efectividad para asegurar la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad. Pero no solo con un conjunto de normas y reglas que regulen el proceso para la finalidad establecida, sino también se hace necesario contar con las condiciones que aseguren la adecuada defensa de los derechos u obligaciones que están siendo sometidos a consideración de una decisión.

Este debido proceso concebido en su esfera subjetiva como un derecho fundamental que la persona puede oponer a todos los poderes del Estado e incluso a los particulares, y en su esfera objetiva como un instrumento procesal para que el proceso no devenga en nulo.

El Debido Proceso, desde la dimensión sustantiva, no sólo ha de entenderse como aquél conjunto de ciertos requisitos formales, de trámite y/o de procedimiento para llegar a la solución de conflictos mediante la sentencia, sino también, como aquel mecanismo trascendental que permite asegurar que es el mecanismo más idóneo para asegurar sentencia justa, que no puede ser más que una decisión razonada, que sea coherente con los hechos, que el derecho aplicado sea el preciso para asegurar la plena vigencia del valor justicia. Así pues, el Debido Proceso sustantivo implica, respecto a la sentencia, que se presenten ciertos contenidos de justicia en ella.

Podría ser posible que la sentencia dictada guardó las formas, cumplió con todas y cada una de las etapas para ser producida, que el juez actuó con independencia e imparcialidad, pero que no es objetiva y materialmente justa, no responde a la verdad real. Sólo cuando se ha resuelto un caso con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, haciendo primar los valores de justicia, se podría afirmar con certeza que el derecho que se pretendió proteger, se ha hecho efectivo y alcanzado la finalidad establecido en el ordenamiento jurídico.

En conclusión, en el Debido Proceso sustantivo, lo que importa es el contenido o el fondo de la controversia lo que importa y trasciende a efecto de tutelar derechos fundamentales y no las formas o las reglas procesales

### **3.1.1 Garantismo penal**

Luigi Ferrajoli (1995) en su texto “Derecho y razón”, habla del garantismo penal y se constituye en el autor más importante de esta teoría, que tiene como centro de estudio la protección de las libertades individuales de las personas, garantizando la plena vigencia de los derechos de la persona respecto del ejercicio del poder, esencialmente en el Derecho Penal, diferente al que se puede pregonar como garantismo patrimonial o social.

El garantismo que postula Ferrajoli (1995), se vincula directamente con el poder penal que tiene el Estado, es decir que trata de minimizar el poder punitivo de éste, por medio del sometimiento a las normas constitucionales que reglamentan el procedimiento penal.

### 3.1.2. La nulidad como garantía penal

El que se pueda plantear la nulidad dentro del proceso penal es precisamente el triunfo del garantismo dentro de un Estado Social de Derecho; como lo manifiesta Ferrajolli, citado por CELIS LAVERDE Mary L., GARAVITO GAIBAO Yarledis M., MEJIA CASTAÑO Martin E. (2013)

*...la ampliación del significado del término “garantías” y la introducción del neologismo “garantismo”, para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales son, en cambio, relativamente recientes. Conceptualiza derechos fundamentales como derechos universales y por ello indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden a prohibiciones de lesionar, o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.*

El garantismo penal, también se conoce como el “Derecho Penal de Ciudadano”, que supone dos finalidades:

- Que a la persona que se juzga tenga la garantía que se llegará al conocimiento de la verdad.
- Que el sindicado tenga todas las garantías procesales.

Una y otra garantía deben darse, pues no tendría sentido y sería ilegítimo que se consiga la verdad con la violación de las garantías procesales ilegales. (RESTREPO, Hugo. 2011).

Esa forma de conseguir a cualquier costo la verdad, se le conoce como la eficacia penal, que supone la lucha contra la impunidad a toda costa, aún con el desconocimiento de garantías procesales, bajo el entendido de que el delincuente es un enemigo para la sociedad y ésta a través del poder del Estado tiene el deber de sancionarlo. Es por ello, que

a esta segunda corriente se le conoce también como derecho penal de enemigo. (RESTREPO, Hugo. 2011).

### **3.2 EL JUEZ DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los jueces están para propender porque se protejan y hagan efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera y en desarrollo de esta misión, han de buscar una justicia seria, eficiente y eficaz, en donde el juez juega un papel central, no solo como debe limitarse a ser un simple observador y mediador dentro del proceso.

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe propender porque se protejan y hagan efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera. Por esas razones, con mayor ahínco, se reclama una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un participante más de las relaciones diarias. En este sentido el juez es la autoridad en virtud de su potestad jurisdiccional y tiene el poder de resolver de acuerdo a su real saber y entender la suerte de los sujetos procesados en el sistema penal acusatorio, el juez es autónomo al momento de proferir su fallo, para lo cual deberá basarse en pruebas presentadas por las partes, de tal forma que no se vulneren los derechos fundamentales de las personas.

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

Frente a las preguntas de ¿cuál es el papel del Juez en un sistema acusatorio? o concretamente ¿cuál es el papel del Juez Colombiano en el recientemente establecido sistema acusatorio nacional? De acuerdo a lo manifestado por el Consejo Superior de la Judicatura (2005):

*...para entregar la primera respuesta debe partirse de conocer cuáles son las características que delimitan un sistema penal como acusatorio, definición en la que puede hallarse consenso alrededor de una propuesta que considere como tal a uno que distinga claramente el órgano de indagación, investigación y acusación del encargado de juzgar, y estime a éste último como simple, aunque también fundamentalmente, cortapisa del poder de investigación. En tal escenario el rol del Juez es ese: controlar, evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia occidental se suponen implícitos o se hallan expresos en su Carta Política. Ahora bien, esa misma respuesta dada respecto del Juez nacional en el sistema acusatorio colombiano, debe partir, ab initio, de las premisas atrás establecidas con apoyo en la Constitución Nacional y del desarrollo de su labor con sujeción estricta a las reglas del debido proceso”.*

A partir del Acto Legislativo 03 de 2002, (CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. 2002), el nuevo sistema penal acusatorio, se caracteriza por la celebración de un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías y de allí que el papel del juez sea activo, argumentativo, que valore la prueba, que permita la contradicción y sea garante del proceso.

Con Acto el Legislativo 03 de 2002, hicieron aparición ciertos principios que son la base para el control y manejo que los jueces ejercen en su actividad y fundamentalmente se constituyen en establecer un límite (competencia) que define el concepto de la función y el principio de imparcialidad que se debe aplicar.

Un ejemplo de esos nuevos principios, puede ser lo que sucede cuando en los actos de investigación que revistan carácter de urgencia (captura en flagrancia, registros, allanamientos, interceptaciones, entre otros), la Fiscalía es la que debe solicitar al Juez de Control de Garantías, la legalidad de lo actuado. Ninguna norma autoriza al Juez que aun

estando enterado, por cualquier medio, de la realización de ese tipo de diligencias pueda asumir su conocimiento oficiosamente, porque para ello se ha regulado un procedimiento en la ley, ni siquiera en los casos tan graves como las que hacen referencia a la libertad de una persona le es viable actuar por su propia cuenta. Si hay alguna violación a los derechos fundamentales, es al afectado a quien se le reconoce la posibilidad de realizar la petición de revisión.

### **3.2.1 Juez de Control de Garantías y Juez de Conocimiento**

De acuerdo a la legislación vigente, se le ha denominado "Juez de Control de Garantías", al juez que debe cumplir con la importante tarea, entre otras, de controlar o examinar todas las actividades investigativas que adelanta la Fiscalía. Ese examen o control se hace, con el fin de verificar si se ajustaron o no a las disposiciones constitucionales y legales y por ello se han respetado los derechos fundamentales de los que intervienen en la investigación, y los individuos sindicados. Dentro del marco constitucional el asegurar las garantías del sindicado y del proceso implica la apreciación de los derechos fundamentales en razón a que pueden ser afectados por el ejercicio de la acción penal. Pero en tratándose de derechos fundamentales no se puede olvidar que también hacen parte de ellos, el derecho Internacional, en virtud del Bloque de Constitucionalidad todo ello para dar cumplimiento al Debido Proceso, del cual se derivan diversos principios y derechos constitucionales, como ya se mostró.

El Juez de Control de Garantías, de conformidad con el artículo 327 de la ley 906 de 2014, también garantiza la aplicación del principio de oportunidad solicitado por el fiscal, el control a capturas, el control sobre allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, decreto de medidas cautelares de bienes del sindicado o del tercero, resolución y control de solicitudes para imponer medidas de aseguramiento, la práctica de prueba anticipada cuando esta es solicitada en el curso de la investigación.

De acuerdo a lo que afirma Cuellar y Montealegre (2004), el Juez de Control de Garantías, ejerce dos funciones básicas: el control de legalidad y constitucionalidad de la investigación, y la adopción de medidas que impliquen limitación de derechos fundamentales.

En definitiva la labor del Juez de Control de Garantías se ve claramente en la función general que tiene de que todas aquellas diligencias que deban ser realizadas en la etapa de indagación e investigación y que de alguna manera u otra afecten derechos fundamentales, deben tener una revisión de manera casi inmediata, sin que se pueda superar el término de 36 horas.

El Juez de Control de Garantías tiene su origen en el Acto Legislativo No. 003 de 2002, y ha permitido darle agilidad al sistema acusatorio, por cuanto evacua de manera expedita las primeras diligencias antes del juicio y es también él el que da inicio al sistema oral, de acuerdo a lo señalado en el artículo 39 de la Ley 906 de 2004.

La razón principal tenida en cuenta por el Legislador para crear dos clases de jueces, el Juez de Control de Garantías y el de Conocimiento, radica en que el Juez de Conocimiento no debe contaminarse previamente al juicio y por ello, no debe conocer de los pormenores de la conducta a investigar, por ello es que al Juez de Control de Garantías es a quien le compete adelantar las diligencias previas al juicio público, dando esto como resultado que nunca el Juez de Control de Garantías puede conocer como Juez de Conocimiento de los procesos que conoció en la etapa previa.

El control que realiza el Juez de Control de Garantías no es solamente formal, sino sustancial, así lo establece el Artículo 39 del C.P.P., cuando señala:

***Artículo 39. De la función de control de garantías.*** *La función de control de garantías será ejercida por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.*

*Si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, esta será ejercida por el que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo.*

*Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y solo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, del municipio más próximo.*

**Parágrafo 1º.** *En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.*

**Parágrafo 2º.** *Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces de esa categoría, uno de estos ejercerá la función de control de garantías.*

En otros países el Juez de Control de Garantías se le llama en Alemania: "Juez de la Investigación" o "Juez Investigador" y en Italia: "Juez para las Indagaciones Preliminares".

Los derechos fundamentales que se podían ver afectados y que son susceptibles de ser garantizados por el Juez de Control de Garantías son:

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

El Juez de Control de Garantías, realiza su gestión únicamente a través de audiencias preliminares y en ella, de acuerdo con la Ley 906 de 2004, resuelve actuaciones, peticiones o adopta decisiones.

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

- Inspección corporal y toma de muestras cuando se realiza en contra de la voluntad del imputado.
- Allanamientos y registros sin los requisitos de ley.
- Audiencia de imputación de cargos sin haber agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación cuando es viable la misma.
- Declaratoria de persona ausente sin el cumplimiento de los requisitos.
- Formulación de imputación ante juez incompetente como en el caso de los aforados constitucionales.
- Retención de correspondencia sin orden judicial.

- Captura sin leer los derechos del capturado.
- Interceptación de comunicaciones telefónicas sin orden judicial.
- Declaratoria de contumacia sin haber agotado la ubicación del investigado.
- Para resolver una solicitud de prueba anticipada, o de legalización de captura producida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación”, pero siempre presididas por el juez de control de garantías.
- Aplicación al principio de oportunidad sin el previo consentimiento de la víctima.
- Audiencia de imputación de cargos sin defensa técnica y material.

### **3.3 CLASES DE NULIDAD QUE SE PRESENTAN EN EL PROCESO LEY 906 DE 2004**

Que las nulidades son taxativas, es un principio fundamental en el derecho y de ello se desprende que no podrá plantearse ninguna nulidad por causal distintas a las señaladas en la Ley, para el caso del Derecho Penal, estas se encuentran en el título VI de la ley 906 de 2004 (artículo 455 a 458) y que se relacionan a continuación:

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

De las nulidades que se han señalado interesa para efectos de la presente investigación la **Nulidad por violación a las garantías fundamentales (artículo 457 de la Ley 906 de 2004)**. La norma trae como causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Respecto al debido Proceso en aspectos sustanciales el artículo 10 de la Ley 906 de 2004, establece:

**“Actuación procesal.** *La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la*

*necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”.*

Al introducirse en la interpretación de la norma transcrita se presentan las siguientes posibilidades de entenderla, así:

i) Una primera lectura del contenido del texto se concreta en que durante todo el procedimiento que se realiza anterior a la audiencia de formulación de acusación es posible que se originen situaciones irregulares que pueden dar lugar a una nulidad, las cuales se invocan en audiencia de formulación de acusación.

ii) Si esta norma se armoniza con el artículo 339 de la misma ley, efectivamente es posible que antes de la audiencia de formulación de acusación se presenten actuaciones que se constituyen en irregularidades y que pueden llevar o no a una nulidad, resulta que los Jueces de Control de Garantías no tienen la competencia para declararla. Este juez no tiene competencia para resolver propuestas de invalidez, porque el momento en que se deben plantear y decidir, es al inicio de la audiencia de formulación de acusación, es decir ante el Juez de Conocimiento.

iii) Una tercera lectura sería entender que la actuación procesal se debe desarrollar con el respeto debido a los derechos fundamentales y los funcionarios deben hacer prevalecer el derecho sustancial.

De estas lecturas propuestas sobre las consecuencias del artículo 10 de la ley 906 de 2004, surge la inquietud sobre si el artículo 339 de la misma ley entra en contradicción con la protección de los derechos fundamentales y su protección, pues sería atentatorio contra el Debido Proceso que un Juez de Control de Garantías ante la presencia de situaciones irregulares, constitutivas de una Nulidad absoluta o relativa (es decir Insubsanable o subsanable) haga caso omiso y no la resuelva y por el contrario deje avanzar dicho proceso, en el entendido que solo en la audiencia de formulación de acusación pueden esbozarse y resolverse.

De lo dicho, salta a la vista que no tiene sentido que se adelante un proceso en presencia de una causal de nulidad insubsanable. Si entrar en profundidades que no vienen

al caso para la presente investigación, baste asumir que lo pertinente sería que sea el Juez de Control de Garantías el que resuelva la nulidad absoluta antes de la audiencia de formulación de acusación, salvo que nadie haya alegado su existencia y deba decidirse en el inicio del juicio.

El profesor Novoa Velásquez (2011) está de acuerdo con esta interpretación sistemática y afirma: "...las nulidades deban reclamarse de acuerdo al artículo 339 de la ley 906 de 2004, no significa que no se puedan decidir antes o en una fase posterior." (pag.1004)

Así las cosas, las nulidades, conforme a lo establecido en el artículo 339 de la ley 906 de 2004, deben ser reclamadas al inicio de la audiencia de formulación de acusación, por regla general, pero si se presentan antes, las decide el Juez de Control de Garantías; si se presenta en una fase posterior, se podrá decidirse en casación por la Corte Suprema de Justicia.

#### **3.4. NULIDAD PROCESAL POR DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO - CAUSAL SEGUNDA DE CASACIÓN**

De lo señalado en el párrafo anterior y como consecuencia de la afirmación allí dicha, las nulidades originadas en una fase posterior, se podrá decidir por intermedio de la Casación por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y por ello a continuación se describirá este proceso y la forma de buscar la derrota de la sentencia por las causales previstas en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Que para efectos de la presente investigación interesa la causal segunda.

El término casación proviene del latín "Cassare" que significa quebrar, pero en el derecho francés se le denomina "Cassation" que tiene su origen en "Casser, que significa: anular, romper o quebrar. En nuestra legislación se entiende por casación el control que un órgano de cierre hace de la legalidad de una providencia, cuidando que esta no sea contradictoria con el precedente y permita la unificación de la sentencia

### 3.4.1. Casación en materia Penal

En lo penal, la casación guarda mucha semejanza con la casación civil y laboral y como esas materias pretende ser un medio extraordinario de impugnación de una providencia de segunda instancia, sin ser un recurso como tal. Cada legislación trae su reglamento y procedimiento, el nuestro resalta que tiene la finalidad de unificar la jurisprudencia y promover la realización y promover la realización los derechos objetivos y reparar el agravio con una nueva sentencia.

Pudiéramos señalar algunas características de la casación penal en Colombia, estas son:

- **Es un Recurso Extraordinario:** es decir se surte por fuera de las instancias. Busca un juicio de valor a la sentencia que se dicta con violación de la ley.
- **Se otorga en efecto suspensivo:** es una consecuencia de considerar que se trata de un recurso contra una sentencia que ha violado la ley y por ello no puede entrar en vigor y esperar que se decida y la sentencia quede debidamente ejecutoriada.
- **No origina una tercera instancia:** es un medio de impugnación contra una sentencia y no una instancia, la presunción es de hacerle perder valor y legalidad a la sentencia.
- **Es un juicio técnico jurídico, no una instancia:** se cuestiona, dentro del marco del puro derecho, si la sentencia se realizó cumpliendo con el procedimiento y tiende a romper la sentencia por ser contraria al derecho.
- **Error “In Iudicando” – Vicio de juicio:** Cuando un juez falla y comete un vicio de juicio y comete una apreciación o interpretación errada de la norma o la aplicación errónea de la misma.

- **Error “in Procedendo”:** cuando no se cumple con la ley procesal, por no ejecutar lo ordenado por la Ley o ejecuta lo que no le está permitido.
- **Estar sujeta a reglas y límites:** en primer lugar no se admite en toda clase de sentencias, sólo sobre las que sean contrarias a la constitución y a la ley, de allí que lo que busca es desvirtuar la certeza y legalidad de la gozan todas las sentencias de los jueces en Colombia.

### **3.4.2. Consagración Legal:**

**ARTÍCULO 181. PROCEDENCIA.** *El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:*

*1) Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.*

*2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.*

*3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.*

*4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.*

**ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES.** *Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.*

*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.*

La sentencia del 9 de junio de 2008, radicado 29092 indica que respecto a la causal segunda de casación, por “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, lleva indefectiblemente a la declaratoria de la nulidad de todo lo actuado o de parte de lo tramitado procesalmente. De allí que los actos procesales se declaren ineficaces por los motivos referidos en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de

2004-, que son de obligatorio cumplimiento y se constituyen en principios propios de la nulidad y que la hacen operante.

De acuerdo con la jurisprudencia (Sentencia Sala Penal 931-2016, 03/02/2016) los principios son:

- **Principio de taxatividad:** Solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley.
- **Principio de protección:** No puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica;
- **Principio de convalidación:** Aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales;
- **Principio de trascendencia:** Quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento;
- **Principio de instrumentalidad:** si el acto cumple la finalidad para la que estaba destinado, a pesar de no cumplir las formalidades estrictamente, sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso;
- **Principio de residualidad:** Que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte.

Volviendo a la **causal segunda de casación**, que consagra que el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, genera nulidad. De allí, que en materia de nulidades procesales sólo es aceptable aquellas que se originan en faltas a la ritualidad que comprometen la estructura del procedimiento penal, o las garantías constitucionalmente establecidas a favor de las partes e intervinientes en el proceso.

### **3.4.3. Aspectos de la Casación Penal en la Ley 906 de 2004: Código de Procedimiento Penal.**

El actual código de Procedimiento Penal es una de las normas más importantes de nuestra legislación en cuanto desarrolla el sistema penal acusatorio en donde prima la oralidad y con ello se da impulso a un nuevo sistema y a dejar de lado toda la tradición del procedimiento penal colombiano y uno de esas tradiciones es el que consagra respecto a la casación penal. Por ejemplo se extendieron los términos y hacer que su sustentación sea oral. De allí que hoy se predique de la casación penal que es más flexible y eficaz, lo que no quiere decir que dejen de lado la técnica propia de la casación, para lograr sus fines, que eso sí no cambiaron y siguen siendo los mismos (Efectividad del derecho material, respeto a las garantías de las partes, reparación de los agravios a estas y la unificación de la jurisprudencia, artículo 180 de la Ley 906 de 2004).

Como se puede observar en el texto del artículo 181, antes transcrito, no se estableció ningún requisito adicional para ejercer el recurso extraordinario de casación y solo es necesario que afecte un derecho o garantía fundamental, sin importar el delito.

Con relación a los requisitos formales de la demanda, esta ley no los trae expresamente, pero se supone que se acoge los requisitos generales de los recursos, sin embargo la Corte Suprema de Justicia en Auto del 18 de diciembre de 2008, señala algunas condiciones mínimas para ser admitida la casación, estos son:

- Demostrar o acreditar el agravio a los derechos o garantías fundamentales producido por la sentencia demandada.
- Señalar la causal de casación, en donde sea claro y evidente la afectación a los derechos fundamentales.
- Argumentar clara y con parámetros lógicos, los elementos propios del motivo de casación.

- Determinar cómo se hace necesaria la casación para lograr las finalidades del recurso (artículo 180 de la ley 906 de 2004.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia C – 590 de 2005 resalto las características que tiene la casación penal y como esta se instituye como un verdadero medio para proteger las garantías constitucionales y efectivamente la garantía del Debido Proceso, materia de la presente investigación. Dice la corte

*4. En primer lugar, el recurso se concibe como un control, es decir, como un instrumento a través del cual se exige el respeto de un ámbito normativo en el ejercicio del poder inherente a la jurisdicción. Esto, desde luego, no es nuevo, pues desde su momento originario el recurso extraordinario de casación se asumió como una instancia de control de la judicatura. De este modo, cuando en la nueva normatividad se está aludiendo a ese recurso extraordinario como un control se está siendo fiel con su origen y con su posterior evolución ya que aún hoy ese recurso tiene una impronta disciplinante en la labor de aplicación de la ley, propia de la judicatura.*

(...)

*De todas maneras, para la Corte es claro que la expresa configuración legal de la casación penal como “control constitucional y legal” evidencia el propósito de adecuar el instituto, de una manera mucho más directa, a referentes constitucionales. Es decir, al concebir el recurso extraordinario de casación como un control constitucional y legal, se está evidenciando que la legitimidad de la sentencia debe determinarse no sólo a partir de disposiciones legales sustanciales y procesales, sino también respecto de normas constitucionales en tanto parámetros de validez de aquellas. Y esto, en la estructura y dinámica de las democracias constitucionales, es comprensible pues de la misma manera como la legitimidad de la ley, incluida, desde luego, la ley penal, no se infiere de sí misma sino de su compatibilidad con el Texto Fundamental; así también, la legitimidad de las sentencias judiciales debe soportarse tanto en la ley como en el ámbito de validez de ésta.*

(...)

*7. De otro lado, el recurso extraordinario de casación procede cuando las sentencias penales de segunda instancia afectan derechos o garantías fundamentales. Esta contextualización es compatible con el sentido que se le imprimió al recurso pues, tratándose de un control constitucional y legal, es evidente que la legitimidad de la sentencia se supedita al respeto de los derechos y las garantías fundamentales -tanto sustanciales como procesales- que están en juego en el proceso penal.*

*Es decir, si los derechos fundamentales, en tanto ámbitos de afirmación y realización de la dignidad del hombre y de la democracia participativa y pluralista, constituyen el fundamento y límite del poder público, incluido el poder punitivo del Estado; cae de su peso que el respeto de esos derechos constituye un parámetro de control de los actos de la jurisdicción y, particularmente, de las sentencias. Por lo tanto, si la casación penal es hoy un control de constitucionalidad y legalidad de los fallos penales, ese control pasa, de manera necesaria e ineludible, por la verificación del respeto de los derechos de esa índole que están en juego en el proceso penal.*

8. *En este entendido, la afectación de derechos o garantías fundamentales se convierte en la razón de ser del juicio de constitucionalidad y legalidad que, a la manera de recurso extraordinario, se formula contra la sentencia. O lo que es lo mismo, lo que legitima la interposición de una demanda de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se han vulnerado derechos o garantías fundamentales. Precisamente por ello se ha presentado también una reformulación de las causales de casación, pues éstas, en la nueva normatividad, sólo constituyen supuestos específicos de afectación de tales garantías o derechos. En efecto:*

*(...)*

*b. La causal segunda recoge los supuestos de violación de derechos o garantías fundamentales en el ámbito específico del debido proceso y del derecho de defensa, pues ella remite al desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes. En esta sede ha quedado regulada ahora la emisión de la sentencia en un proceso viciado de nulidad por afectación de la estructura básica del proceso penal o por afectación de las garantías que les asisten a las partes, tal como ocurre con el derecho de defensa del imputado o con los derechos de la víctima en el proceso penal.*

## CONCLUSIONES

Resulta evidente la importancia del principio Constitucional del Debido Proceso y es indiscutible que para su estudio puede ser muy variado, puede ser estudiado como principio constitucional, como parte esencial de las garantías constitucionales, como forma de garantizar los derechos humanos en general, o como el sustento para solicitar la declaratoria de nulidad cuando se desconoce. Es precisamente es esta última forma de abordarlo la que la investigadora escogió para profundizar su conocimiento y efectos.

Buscar las razones por las cuales no se cumple el debido proceso, exige de parte del Estado y sus entes de control, implementar un seguimiento puntual para hacer evidente las falencias y así poder disminuir las arbitrariedades que llevan a que una gran cantidad de personas sean víctimas de ésta violación y posiblemente estén pagando condenas por delitos que no cometieron, es así como el presente trabajo se orientó a profundizar sobre el concepto del principio del Debido proceso y ver su incidencia como causa de nulidad procesal, por cuanto este se constituye en una garantía procesal.

En principio se puede concluir que el Debido Proceso, en su desarrollo jurisprudencial, ha sido concebido como un conjunto de garantías jurídicas, que busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación adecuada de la justicia.

Según lo ha destacado la Corte Constitucional, el derecho al Debido Proceso tiene como propósito específico: “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).

El Debido Proceso comprende un conjunto de principios, tales como: el de legalidad, el juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales, así como también comprende el principio de tribunal o juez imparcial.

El Debido Proceso es concebido en la legislación colombiana como una Garantía Constitucional y legal, que se radica en cabeza de toda persona cuando ésta se encuentra inmersa en actuaciones de carácter judicial o administrativa. Esta garantía se materializa cuando el operador judicial o administrativo respeta el procedimiento para cada caso, so pena de vulnerar dicha garantía o derecho fundamental, de lo antes dicho se concluye que las autoridades respetaran aspectos tales como: notificación de la apertura de una investigación, el derecho a la defensa, la posibilidad de controvertir pruebas y solicitar aquellas que le sean favorables y finalmente, permitir los recursos pertinentes, siempre garantizando la doble instancia, entre otros.

El concepto de debido proceso puede ser concebido desde un punto de vista Formal, en cuanto es una **norma de rango constitucional** de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional. Así mismo, se trata de una **norma jurídica de principio**, estrechamente relacionada con otras normas de similar naturaleza que orientan la actividad de la autoridad de justicia y administrativa Y finalmente, se trata de un derecho fundamental que **incorpora garantías procesales** (publicidad, derecho de defensa, reglas probatorias, presunción de inocencia, impugnaciones, objeciones y recursos, etc.)

El punto de partida de los derechos fundamentales, necesariamente se encuentra en la propia constitución política, en el artículo 29, que se encuentra en el Título II, Capítulo 1, “De los derechos fundamentales” que comprende desde el artículo 11 hasta el 41, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso. De los conceptos antes transcritos se desprende que derechos fundamentales son aquellos que tienen todas las personas por el sólo hecho de serlo; es decir, que son inherentes a la naturaleza humana de las personas y no son un beneficio otorgado por el Estado y el deber de éste es el de protegerlos. Entonces, derechos fundamentales son los reconocidos por la Constitución, inherentes a las personas y protegido en forma especial por el Estado.

De manera general, la corte constitucional ha reiterado que el Debido Proceso contiene las siguientes Garantías Constitucionales:

- a) El derecho a la jurisdicción o acceso ante los jueces y a obtener decisiones motivadas, que permitan su impugnación ante autoridades de jerarquía superior.

- b) El derecho al juez natural de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.
- c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable.
- d) El derecho a un proceso público, y sin dilaciones injustificadas o inexplicables.
- e) El derecho a la independencia del juez.
- f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez.

Pregonar derechos sin tener instrumentos con que hacerlos exigibles, no tiene sentido en un Estado democrático, por ello, frente a la inobservancia de un derecho fundamental o la vulneración de sus contenidos, por cualquier autoridad, se han previsto diferentes instrumentos de protección que hagan efectivo la plena vigencia y respeto de los mismos. Entre ellos se encuentra el Debido Proceso, entendido como aquel conjunto dialéctico y dinámico de actos procesales que aseguran dar solución a un determinado conflicto de intereses o para eliminar la incertidumbre jurídica.

El Debido Proceso, como garantía, se constituye hoy en día, como el medio de mayor efectividad para asegurar la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad. Pero no solo con un conjunto de normas y reglas que regulen el proceso para la finalidad establecida, sino también se hace necesario contar con las condiciones que aseguren la adecuada defensa de los derechos u obligaciones que están siendo sometidos a consideración de una decisión.

Así las cosas, las nulidades, conforme a lo establecido en el artículo 339 de la ley 906 de 2004, deben ser reclamadas al inicio de la audiencia de formulación de acusación, por regla general, pero si se presentan antes, las decide el Juez de Control de Garantías; si se presenta en una fase posterior, se podrá decidirse en casación por la Corte Suprema de Justicia.

De lo señalado en el párrafo anterior y como consecuencia de la afirmación allí dicha, las nulidades originadas en una fase posterior, se podrá decidir por intermedio de la Casación por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y por ello a continuación se

describirá este proceso y la forma de buscar la derrota de la sentencia por las causales previstas en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Que para efectos de la presente investigación interesa la causal segunda.

## BIBLIOGRÁFICAS

- AGUDELO RAMÍREZ, M. El debido proceso. Revista Opinión Jurídica, Junio de 2005, 4 (7), 98.
- ALEXY, Robert. (2002) Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 66.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. (2005) El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis, Bogotá, págs. 31 a 32.
- BERNAL, J., & MONTEALEGRE, E. 4ta Edición. El Proceso Penal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, J., & MONTEALEGRE, E. 5ta Edición. El Proceso Penal - Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CARVAJAL, Bernardo. (2010) Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. Revista digital de derecho administrativo, segundo semestre, págs. 7 a 21.
- CASTAÑO ZULUAGA, L. (2010). La carga de la prueba en el proceso penal - La disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales institucionales o los del justiciable. Revista Opinión Jurídica, 9(18), 178.
- CELIS LAVERDE, Mary L., GARAVITO GAIBAO, Yarledis M., MEJIA CASTAÑO, Martin E. La nulidad dentro de la audiencia de acusación ley 906 de 2004- Vulneración al debido proceso un derecho fundamental. Universidad Libre, Maestría en Derecho Penal. Bogotá, 2013
- FERRAGOLI, Luigi. Democracia y Garantismo. Editorial Trotta. Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón Teoría del garantismo penal Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, S.A., 1995

- JIMÉNEZ J., Cristhian A., MOLINA M., María O. El principio del debido proceso y la constitucionalización. Tesis Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Especialización en Derecho Administrativo. Bogotá, 2013
- MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. (1997). Derechos Fundamentales, 3R editores, Bogotá, págs. 146 a 151.
- MASSINI CORREAS, C. (1999). La concepción "deontológica" de la justicia: el paradigma kantiano. Coruña: Universidade da Coruña.
- MOLINA LÓPEZ, R. (2010). El debido proceso penal en Colombia y España. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 40(112), 19.
- NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor. Nulidades en el procedimiento penal actos procesales y acto prueba. Tomo II quinta Edición. Bogotá, 2011.
- ORJUELA, María. El Nuevo Sistema Acusatorio: Guía Práctica de las Audiencias preliminares dentro del Nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano. Ediciones del profesional. Bogotá. 2006.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. (2010). Derecho constitucional colombiano, Editorial Temis, Bogotá, pág. 300.
- PRIETO MONROY, C. A. (2003). El proceso y el debido proceso. Revista Universitas(106), 817.
- VÁSQUEZ RAMÍREZ, W. (2012). La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano. Revista Diálogos de Derecho y Política(8).

#### **OTROS TEXTOS CONSULTADOS:**

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 92 (1999).

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

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

CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA de 1.991

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

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

ONU (1985) Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros.

**SENTENCIAS:**

Sentencia T-516 1992 . Corte Constitucional

Sentencia T- 778 de junio de 1992 Corte Constitucional

Sentencia C-339 de 1996 Corte Constitucional

Sentencia T-280 de 1998 Corte Constitucional

Sentencia C-154 de 2004 Corte Constitucional

Sentencia C – 590 de 2005 Corte Constitucional

Sentencia C. E. del 23 de agosto de 2007, M.P. Jesús María Lemos Bustamante

Sentencia del 9 de junio de 2008, radicado 29092 Corte Suprema de Justicia

Sentencia C144-2010- de la Corte Constitucional

Sentencia C-980 de 2010 Corte Constitucional

Sentencia C-371 del 2011. Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia 931 de 2016 la Corte Suprema de Justicia

Sentencia T-227 de 2003 Corte Constitucional.

## **WEBGRAFÍA**

*[https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp\\_col-int-text-sa.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-sa.pdf)* -Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-371-11.htm>).

<http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2005/08/el-principio-del-non-bis-in-idem-en.html>).

RESTREPO, Hugo. Derecho penal Internacional: Entre Garantismo y Eficientísimo, Ed. Universidad Javeriana. Bogotá. 2011. (On-line) Disponible en: [www.revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criterio\\_juridico/article/view/552/690](http://www.revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criterio_juridico/article/view/552/690).