

HELIODORO FIERRO-MÉNDEZ

LA NULIDAD DEL PROCESO PENAL

Por violación a principios y garantías fundamentales

EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA
Bogotá D.C. - Colombia

Escaneado con CamScanner

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

Palabras preliminares XXVII

LA PETICIÓN DE NULIDAD

Capítulo Primero

FORMALIDAD DE LA PETICIÓN DE NULIDAD

I. El hecho 3

II. La causal 4

III. Señalamiento de la garantía, derecho fundamental o principio violado 4

IV. Demostración de la nulidad y su trascendencia 5

V. Interés para solicitarla 6

Capítulo Segundo

¿POR QUÉ LA NULIDAD OBLIGA AL ESTUDIO DE LAS GARANTÍAS, DERECHOS Y PRINCIPIOS?

I. Como causal de nulidad procesal 7

II. Como causal de casación 8

III. Para efectos de la interpretación normativa 8

Escaneado con CamScanner

GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES CAMINO A LA NULIDAD

Capítulo Primero
EL DEBIDO PROCESO COMO NÚCLEO CONSTITUCIONAL

I. Función que cumple el debido proceso 17
II. Formas y reglas propias de cada juicio 25
III. Aplicación directa de las normas constitucionales 34
IV. La eficacia de las formas propias de cada juicio como garantía de la realización del debido proceso y del derecho de defensa 36

Capítulo Segundo
EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO NÚCLEO CONSTITUCIONAL INTEGRADO AL DEBIDO PROCESO

I. Alcance y ámbito de protección constitucional de acceso a la justicia 44
II. Olas de acceso a la justicia 49

Capítulo Tercero
GARANTÍAS, DERECHOS, PRINCIPIOS, REGLAS Y VALORES FUNDAMENTALES

I. Valores constitucionales 51
II. Razón de ser de los principios y garantías 53
III. Diferencia entre principio y regla 69
IV. Derecho fundamental 70
V. Derechos constitucionales, interés general y deberes constitucionales 74
VI. El concepto de orden justo 79
VII. Teoría del núcleo esencial 80
A. Métodos para la determinación del núcleo esencial 80

Escaneado con CamScanner

B. Interpretación y aplicación del núcleo esencial 81
C. Núcleo esencial y ponderación de valores 82

CAPÍTULO CUARTO
PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS PROCESALES

I. Dignidad humana 83
A. Juicio normativo de dignidad humana 99
B. Juicio valorativo de dignidad humana 99
C. Principio normativo de la dignidad humana 100
D. Concepto valorativo de dignidad humana 103
1. El pensamiento griego 104
2. El mundo cristiano 104
E. En la Constitución de la Unesco 106
F. Algunos instrumentos internacionales que regulan la dignidad humana 107
G. La dignidad humana en el precedente jurisprudencial constitucional 108
II. Libertad 108
A. La libertad personal y la inviolabilidad del domicilio 112
B. La libertad personal y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas 115
1. Utilización ilícita de redes de comunicaciones 117
2. Interceptación de comunicaciones 117
3. Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones 118
4. Audiencia de control de legalidad posterior 118
5. Recaudo de pruebas que fundamenten el trámite de extinción 119
6. Acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones 119
C. La libertad de locomoción y la libertad para fijar la residencia 120
D. La libertad personal y su privación judicial 121
1. Primera interpretación 123

Escaneado con CamScanner

2. Segunda interpretación 126
a. Las medidas de aseguramiento y la detención preventiva 128
b. Condiciones generales de procedencia de la detención preventiva en un Estado Social de Derecho y a la luz del derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia 131
c. El artículo 28 Superior y la protección constitucional de la libertad personal 135
3. Tercera interpretación 151
E. La libertad y el control de legalidad 160
F. Libertad de conciencia 160
1. La libertad de conciencia está determinada por las propias convicciones y la propia ideología 160
2. La garantía de la libertad de conciencia no incluye la consagración de la objeción de conciencia 166
G. Libertad de culto 172
H. Libertad de pensamiento e información 175
1. Reserva legal y libertad de configuración 175
2. Observación al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión 177
III. Prelación de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos 181
A. Tratado y convenio 182
1. Tratados y Leyes 183
a. Tesis de la soberanía nacional 183
b. Tesis de la soberanía internacional 183
c. Tesis humanista 184
2. Tratados y Constitución 184
B. Los tratados como instrumentos de internacionalización de las relaciones económicas, sociales y culturales y el logro de la meta de integración 188
C. Derechos humanos y Derecho humanitario 194
1. Distinción entre Derecho humano y Derecho humanitario 194
a. Ámbito de aplicación 200

Escaneado con CamScanner

b. Tiempo de aplicación 202
2. Principios fundamentales del derecho internacional humanitario 204
3. Conflicto armado, derecho internacional humanitario y principio de distinción 205
D. El Derecho Internacional Humanitario: Naturaleza, especificidad y fuerza vinculante 208
1. La guerra y el Derecho Internacional de los conflictos armados 208
2. Naturaleza y especificidad 210
3. El Derecho Internacional Humanitario y el *ius cogens*: Fuerza vinculante 212
4. El Derecho Internacional Humanitario en la Constitución 215
5. Valores, supraconstitucionalidad y Constitución 218
6. La expresión convencional del Derecho Internacional Humanitario: Su significado y alcance 219
7. Principales tratados que forman el Derecho Internacional Humanitario 220
8. Origen del Derecho Internacional Humanitario 222
9. Los derechos humanos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano 234
B. Estado de excepción 238
C. Bloque de constitucionalidad 241
IV. Igualdad 244
A. La igualdad en el Estado Social de Derecho 248
B. La igualdad en precedentes jurisprudenciales 248
1. Estructura del derecho a la igualdad y la carga de la argumentación 249
2. La lógica de la desigualdad 250
3. Elementos de la desigualdad 252
4. Formulación clásica del derecho a la igualdad 254
V. Imparcialidad 260
A. Imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva 263
B. La imparcialidad en procesos de aforados constitucionales 270
C. El concepto de juez imparcial 270

Escaneado con CamScanner

VI. Legalidad 273
A. Es elemento esencial del Estado de Derecho 273
B. Es principio rector del ejercicio del poder 281
C. Fundamentos constitucionales del principio de legalidad 285
D. El principio de legalidad de la privación de la libertad 289
E. La legalidad a través de la legislación 292
1. En vigencia del Decreto 100 de 1980 y antes del Decreto 050 de 1987 293
2. En vigencia del Decreto 100 de 1980 y Decreto 050 de 1987 293
3. En vigencia del Decreto 100 de 1980, Constitución Política de 1991 y Decreto 2700 de 1991 293
4. Código Penal y Código de Procedimiento Penal de 2000 294
5. Concepto de legalidad en la Ley 906 de 2004 294
F. Concepto sustancial de legalidad 294
1. Contenido de legalidad de la conducta punible 299
a. Tipicidad 299
b. Antijuridicidad 300
c. Culpabilidad 303
2. La pena 305
a. Sistemas de institucionalización de la pena 306
b. Teorías sobre el alcance del principio de legalidad de la pena 307
G. Concepto procesal de legalidad 309
H. Concepto probatorio de legalidad 318
I. Tensión entre principio de legalidad y principio de limitación 319
VII. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo* 321
A. Más que un principio general del Derecho 322
B. Inocencia y privación provisional de libertad 322
C. La presunción de inocencia y su relación con la garantía de libertad del procesado y con el derecho de defensa y de contradicción 325
D. Presunción de inocencia y extinción de dominio 336
VIII. Derecho de defensa 338

Escaneado con CamScanner

A. Ubicación del derecho a la defensa 342
1. Subordinado o como subdivisión del debido proceso 342
2. El derecho a la defensa es la forma como se realiza el debido proceso o se hace efectivo el debido proceso 342
B. Tipificación del derecho de defensa en el procedimiento penal 343
C. Alcance y contenido del derecho de defensa 345
D. Principios derivados del derecho a la defensa 347
1. Oportunidad de defenderse 347
2. Debe ser unitaria y continua 348
3. Se ejerce de manera material y técnica 348
4. Son concurrentes la defensa material y la defensa técnica 348
E. El derecho a la defensa ante los medios de prueba 349
1. No publicitar la prueba 349
2. No permitir su impugnación 351
a. Durante la realización del medio de prueba 351
b. Mediante la controversia argumentativa al medio de prueba allegado 353
c. No imputar, de manera clara, los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible 355
d. Omitir la realización de un medio de prueba 356
e. Limitar o impedir hacer constar cuanto tenga por conveniente 357
F. Las partes en el derecho de defensa 358
1. Imputado 358
2. Abogado defensor o defensor 361
3. Víctima 364
G. Los intervinientes en el derecho de defensa 364
1. El apoderado de la víctima 365
2. Tercero civilmente responsable 365
a. Algunas dificultades con respecto al tercero civilmente responsable en la Ley 906 de 2004 376
b. Status del tercero civilmente responsable en el sistema procesal penal acusatorio 377

Escaneado con CamScanner

c. Ejercicio del derecho de defensa del tercero civilmente responsable frente a medidas cautelares en su contra 378
d. Diversas opiniones respecto a la posición del tercero civilmente responsable en el nuevo sistema acusatorio 383
3. Asegurador o avalista 388
4. Defensor de familia 390
5. Ministerio público 398
a. En la Constitución de 1886 403
b. En la Constitución de 1991 404
A. Procuraduría General de la Nación 408
1. Funciones de la Procuraduría 408
2. Estructura 409
B. Defensoría Pública 413
3. Elección, funciones e inhabilidades del defensor público 415
4. Estructura de la defensoría pública 423
5. Personas a quienes se presta el servicio 423
6. Sistema nacional de defensoría pública (sndp) 425
7. Funciones de la dirección de promoción y divulgación de derechos humanos de la defensoría pública 428
C. Personería 429
D. Inferencia doctrinal 434
E. Jurisprudencia de la Corte Constitucional 437
F. Lo expuesto por la Procuraduría General de la Nación 439
G. Función del Ministerio Público en el proceso penal 442
1. Sinopsis histórica 442
2. Funciones y facultades del Ministerio Público en el proceso acusatorio 447
3. El Ministerio Público en casación penal 449
H. Igualdad de armas 450
1. Igualdad de trato y oportunidades 451
2. Igualdad de trato probatorio y de descubrimiento de la prueba 452
3. Neutralidad probatoria como concreción de la imparcialidad del juez en punto de igualdad de armas 459

Escaneado con CamScanner

I. Facultades generales en ejercicio del derecho de defensa 465
1. Investigación o preproceso 465
2. Juicio o proceso 466
3. Deberes y atribuciones especiales 467
4. Límites constitucionales a la actividad investigativa de las partes en el proceso penal 468
J. Oportunidad para ejercer la defensa 468
1. Con anterioridad a la formulación de la imputación 468
2. Con posterioridad a la formulación de la imputación 473
K. Clases de defensas y defensores en el Derecho Procesal Penal 475
1. Defensa material - Defensor material 475
a. Atribuciones del imputado, o, acusado 478
b. Comparecencia del indiciado o sospechoso y el ejercicio de la defensa material 481
c. Violación ostensible a los derechos del imputado 499
d. Identificación o individualización y banco de datos de vinculados 500
2. Defensa técnica - Defensor técnico 501
a. El defensor técnico debe ser calificado en virtud de sus conocimientos especializados 510
b. Prevalencia de formas 522
L. Entre eficacia de la justicia y derecho de defensa técnica 523
M. El derecho a la última palabra 529
IX. Oralidad 530
A. Desde la perspectiva del sistema de gestión oral 530
1. Medio encaminado al logro de la celeridad en la administración de justicia 530
2. Los avances tecnológicos, potestad de configuración 530
3. La oralidad no contraviene la Constitución 532
B. La oralidad y la comunidad sorda 532
1. El pronunciamiento constitucional 532
2. Lenguaje de señas 547
a. Definiciones 548

Escaneado con CamScanner

b. Garantía de ayuda de comunicación 551
c. Intérpretes del lenguaje de señas colombiano y sus funciones 552
d. Requerimientos judiciales 553
X. Actuación procesal 553
A. Derechos fundamentales 554
1. El derecho fundamental de los Estados 555
2. El derecho fundamental de los seres humanos 557
a. Requisitos esenciales 557
B. Principios fundamentales 571
C. Eficacia del ejercicio de la justicia 573
D. Amplias facultades para sancionar 574
E. Acuerdos o estipulaciones entre partes 574
F. Actos irregulares 574
XI. Derechos de las víctimas 575
A. La condición de víctima en términos generales 579
B. El derecho de participación y acceso a la justicia de la víctima 583
1. En el Derecho comparado 585
2. En el Derecho Internacional 591
C. El daño "directo" como fuente de responsabilidad y correlativos derechos para la víctima 599
D. El concepto de víctima "directa" como límite de atribución de derechos 600
E. Derechos de las víctimas, en su condición de interviniente especialmente protegido 601
1. Teoría de la concepción amplia de los derechos de las víctimas 601
2. Teoría del ejercicio de los derechos compatibles con los rasgos estructurales y características esenciales del sistema procesal penal acusatorio 606
a. Forma como puede accionar la víctima en el proceso penal acusatorio 607
b. Interdependencia y autonomía de las garantías que integran los derechos de las víctimas 607

Escaneado con CamScanner

c. Facultad de postulación de las víctimas en el proceso penal, como expresión del derecho de acceso a la justicia 608
d. Facultades de impugnación de decisiones fundamentales 608
e. Derecho de la víctima en el archivo de diligencias 608
f. Facultades probatorias 609
g. Intervención de las víctimas en los preacuerdos y las negociaciones 610
XII. Lealtad 617
A. Lealtad en la búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional 617
B. Lealtad en el orden probatorio 622
C. Lealtad para con la administración de justicia 623
XIII. Gratuidad 624
A. La gratuidad en el estatuto de la administración de justicia 625
B. La gratuidad en la conciliación 627
C. La gratuidad en la reforma al estatuto de la administración de justicia 628
XIV. Intimidad 658
A. Concepto del derecho a la intimidad 659
B. Proyección y caracterización del derecho a la intimidad 660
C. Titular del derecho a la intimidad 663
D. La expectativa razonable de intimidad 664
E. Expectativa de intimidad de quien está de visita en una morada 678
F. Intimidad y hábeas data 679
1. Oportunidad de la información 680
2. La información que se difunde tiene que ser confirmada 680
3. Información judicial de los medios de comunicación 680
4. Derecho a la rectificación 680
G. La intimidad es un derecho disponible 681
H. Intimidad económica 681
I. Libros de contabilidad y demás documentos privados 682
J. Intimidad familiar 682

Escaneado con CamScanner

K. La intimidad y las requisas carcelarias 682
L. La intimidad en las inspecciones y registros corporales en el Derecho comparado 685
M. Necesidad de autorización judicial previa para traspasar el umbral de la intimidad corporal 700
N. La intimidad y la inspección corporal prevista en el artículo 247 Ley 906 de 2004 704
O. La intimidad y el registro personal previsto en el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 714
P. La intimidad y la obtención de muestras prevista en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 724
Q. La intimidad y los exámenes físicos realizados a la víctima bajo las condiciones previstas en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004 732
R. Allanamientos administrativos por parte del defensor o comisario de familia 739
S. Diferencias entre la figura del allanamiento con fines de rescate, prevista en el Código del Menor, y la tipificada en el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia 753
XV. Contradicción 758
XVI. Inmediación 761
A. Inmediación subjetiva e inmediación objetiva 762
B. La inmediación y su relación con la teoría del conocimiento 763
XVII. Concentración 767
A. Desde la perspectiva de lo general 767
B. Alcances del principio de concentración 770
C. Desde la perspectiva constitucional 772
XVIII. Publicidad 783
A. Tipificación 786
B. Función que cumple el principio de publicidad 786
C. Vertientes que se derivan del alcance y contenido 787
D. Naturaleza 789
E. La importancia del principio de publicidad en la actuación de las autoridades públicas 789
F. Las notificaciones 791

Escaneado con CamScanner

XIX. Juez natural 795
A. Competencia del juez natural 798
B. Competencia del fiscal en apoyo 801
C. Decisiones de tribunal con dos magistrados 801
D. Competencia del magistrado ponente cuando se derrota ponencia 805
E. Jurisdicción 812
F. El juez natural en la Ley 906 de 2004 se refiere a la persona, no al cargo 813
XX. Doble instancia 823
A. El principio de la doble instancia en la Constitución Política 824
B. Antecedentes 824
C. La doble instancia ¿principio o derecho? 825
1. Referida a la apelación y la consulta 825
2. Derecho a impugnar la sentencia condenatoria 829
a. Contenido en el artículo 29 superior 829
b. Como consecuencia de la sentencia de casación 833
D. El principio de la doble instancia en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el sentido y alcance de los derechos a recurrir el fallo condenatorio ante "Tribunal Superior" 836
E. La doble instancia y el acceso a la administración de justicia 840
F. La doble instancia no es aplicable a todas las providencias judiciales 846
XXI. Cosa juzgada 848
A. El postulado 848
B. Requisitos generales para la cosa juzgada 852
C. Cosa juzgada constitucional 852
1. Cosa juzgada constitucional aparente 852
2. Cosa juzgada constitucional formal 853
3. Cosa juzgada constitucional material 853
4. Categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional 853
5. Efecto de la cosa juzgada material constitucional 853
6. Cosa juzgada constitucional absoluta 854
7. Cosa juzgada constitucional relativa 854

Escaneado con CamScanner

XXII. Restablecimiento del derecho 855
XXIII. Cláusula de exclusión 864
XXIV. Ámbito de la jurisdicción penal 866
A. Diferencias entre órganos e individuos que administran justicia y los órganos e individuos que hacen parte de la rama judicial 868
B. Jurisdicción y competencia constitucional 869
C. Jurisdicción y competencia penal militar 875
D. Jurisdicción y competencia penal indígena 877
E. Objeto y límite de los órganos de la jurisdicción penal ordinaria 877
F. Jurisdicción y competencia penal ordinaria 888
XXV. Integración 888
XXVI. Prevalencia 889
A. La jerarquía normativa emana de la Constitución 889
B. El orden jurídico como sistema jerárquico 891
XXVII. Modulares de la actividad procesal 892
A. Nociones conceptuales 893
B. Ley de ponderación 895
C. Respeto a fuerza de los fundamentos 895
XXVIII. Principio de objetividad y transparencia 895
A. Objetividad 896
B. Transparencia 902
C. La corrupción antítesis de la transparencia 902

LA GESTIÓN DE CALIDAD COMO INDICADOR DE NULIDAD DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

Capítulo Primero

LEGITIMIDAD DE LAS DECISIONES Y LA GESTIÓN DE CALIDAD COMO POLÍTICA DE ESTADO

I. Legitimidad 909

Escaneado con CamScanner

II. Debida motivación de las decisiones judiciales 911
III. La gestión de calidad como política de Estado 912
IV. El plan sectorial de desarrollo de la rama judicial 914
A. Postulados de política sectorial judicial 915
1. Eliminación de la práctica escrita y consolidación del sistema oral 915
2. Consolidación de sistemas de información y comunicaciones 915
3. Definición estructural de una malla de servicios de justicia formal 915
4. Reducción de la mora y el atraso judicial 916
5. Promoción y apoyo legislativo 917
6. Estímulo a las conciliaciones y a las formas de desjudicialización de las controversias 917
B. Marco conceptual 918
C. Promoción de la armonía y el bienestar social 918
1. Nivel de contexto macro externo 918
2. Nivel de contexto medio 919
3. Nivel de contexto local 919
V. Objetivos fundamentales del sistema de justicia 919
A. Fortalecimiento 920
B. Auspicio e impulso 920

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS Y MECANISMOS DE GESTIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

I. Contenidos espistemológicos 923
A. Etapas del sistema penal acusatorio oral 925
B. Alternativas al juicio oral 925
1. Oblación 926
2. Retractación 926
3. Aceptación de la imputación 926
4. Preacuerdos o estipulaciones 926

Escaneado con CamScanner

5. Amnistía propia 926
6. Principio de oportunidad 927
7. Justicia restaurativa 927
II. Conciliación preprocesal 937
III. Mediación 940
IV. Incidente de reparación integral, como mecanismo de justicia restaurativa 941
V. Otros mecanismos 943
VI. El índice nacional de justicia 943
VII. Ejes y proyectos de la política contra la impunidad 951

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, EL DERECHO PENAL Y EL JUZGAMIENTO

I. El Estado Social de Derecho 954
II. Fines del Estado Social de Derecho 962
III. El Derecho Procesal Penal y Penal Sustancial 963
IV. Función de los jueces en el marco de un Estado Social de Derecho 967

LA NULIDAD COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE EXCLUSIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS RECTORES DE LA NULIDAD

I. Principio de taxatividad 977
A. Taxatividad legal y supralegal 978
1. Quienes la admiten 979
2. Quienes no la admiten 982
B. Negación de la taxatividad 983
II. Principio de convalidación 989

Escaneado con CamScanner

A. Forma de convalidación 989
1. Tácita 989
2. Expresa 992
B. Sujetos legitimados para convalidar 992
III. Principio de protección 993
IV. Principio de trascendencia 995
V. Principio de oficiosidad 996
VI. Principio de la finalidad 996
A. Finalidad del acto 997
B. Finalidad de las formas procesales 998
VII. Principio de excepción 998
VIII. Principio de seguridad o certeza 1000
IX. Principio del miedo 1000

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NULIDAD, UN MEDIO DE EXCLUSIÓN

I. Teoría legitimadora de la nulidad 1006
II. Clase de nulidades 1010
III. Interés en la petición de nulidad 1017
IV. Reserva legal en la fijación de las causales de nulidad en tutela 1020
V. La reglamentación procesal 1028
VI. Teoría del fruto del árbol venenoso 1029
VII. Manipulación de las evidencias 1036

CAPÍTULO TERCERO

LOGÍCA Y DEBIDA ARGUMENTACIÓN DE LAS CAUSALES DE NULIDAD

I. Nulidad derivada de la prueba 1039
A. Los medios cognoscitivos criminalísticos 1041
B. Los elementos materiales probatorios y evidencia física 1043
1. El concepto de prueba 1044
C. Medios de prueba 1048

Escaneado con CamScanner

1. La estructura probatoria 1054
D. Problema de racionalidad y razonabilidad 1056
E. La estructura probatoria como medio para establecer la ilicitud o la ilegalidad de la prueba y su exclusión 1058
II. Nulidad por incompetencia 1058
A. Integración de la jurisdicción constitucional 1061
B. Órganos de la administración de justicia penal ordinaria 1065
1. Órganos de la investigación y funcionarios de investigación 1067
2. Órgano de policía judicial y funcionarios de policía judicial 1068
3. Órgano de apoyo técnico-científico y funcionarios del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses 1069
4. Órganos de la jurisdicción ordinaria 1069
a. Juez de control de garantías y exigencias argumentativas 1070
b. Jueces de juzgamiento 1073
III. Nulidad por violación a garantías fundamentales 1076

Escaneado con CamScanner