

Las falacias de algunas nulidades del proceso penal colombiano ley 906 de 2004

The fallacies of some nullities of the Colombian criminal process Law 906 of 2004

Carlos Alberto MOJICA ARAQUE*

RESUMEN: El presente artículo partiendo de los principios rectores que rigen las nulidades procesales en el sistema jurídico colombiano, centra su atención en la categoría de las “formas anticipadas de terminación del proceso” referidas en la ley 906 de 2004, y sus efectos respecto de las garantías del procesado en cuanto al sistema de inmunidades fácticas y probatorias que puede generar la aplicación de esta forma procesal, no solo para analizarlo críticamente, sino por una parte, sugerir recomendaciones que sustantiva y procesalmente aumenten el número de eventos de utilización y por otra, que garanticen la material protección de los derechos del procesado, que mejorará notablemente el acercamiento al logro una verdad consensuada pero cercana a la realidad, que sin duda redundará en provecho del reconocimiento de los derechos de las víctimas. Expone además el inconveniente cultural sobre la errada creencia de que las inmunidades son formas grotescas de impunidad, sacrificando de esta manera parte de las libertades individuales

PALABRAS CLAVE: terminación anticipada; nulidades; debido proceso; inmunidades; proceso penal colombiano.

* Doctor PhD en Derecho Universidad de Medellín, docente investigador área penal, Universidad de Medellín, Medellín Antioquia Colombia. Contacto: <camojica@udemedellin.edu.co>. Fecha de recepción: 01/07/2022. Fecha de aprobación: 12/08/2022.

ABSTRACT: This article, based on the guiding principles that govern procedural nullities in the Colombian legal system, focuses its attention on the category of "anticipated forms of termination of the process" referred to in Law 906 of 2004, and its effects regarding the guarantees of the prosecution in terms of the system of factual and evidentiary immunities that the application of this procedural form can generate; not only to analyze it critically, but on the one hand, to suggest recommendations that substantively and procedurally increase the number of events and, on the other, that guarantee the material protection of the rights of the accused, which will notably improve the approach to achieving a consensual truth but close to reality, which will undoubtedly benefit the recognition of the rights of victims. It also exposes the cultural inconvenience of the mistaken belief that immunities are grotesque forms of impunity, thus sacrificing part of individual freedoms.

KEYWORDS: early termination; nullities; due process; immunities; Colombian criminal process.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo está orientado por cuatro presupuestos básicos que delimitan su objeto de conocimiento y que deberán ser analizados al momento de su lectura y crítica:

i) Consideramos a las nulidades como una forma especial de impugnación en oposición al paradigma generalizado de asociar a las nulidades exclusivamente a los recursos, cualquiera que sea su naturaleza, forma o momento procesal, ii) nos referiremos únicamente a tres discutidos eventos procesales, el primero de ellos relativo a las inmunidades producidas cuando se utilizan mecanismos de “justicia consensuada” y que resultan fallidos; un segundo evento referido a la situación de cambio del juez de conocimiento una vez terminado el período probatorio en la audiencia de juicio oral; y un tercer evento que se origina en aquellos casos en los que no se fijan en debida forma los hechos jurídicamente relevantes en la imputación y/o acusación, iii) sobre los principios que rigen las nulidades consagradas en el título VI “Ineficacia de los Actos Procesales”, solo haremos somera referencia a algunos de ellos que servirán a nuestro propósito, evitando, con el debido respeto, llenar de conceptos que presumimos son del conocimiento del lector especializado y que serían tema de una clase de pregrado y iv) equiparamos las irregularidades referidas en la ley 906/04, a las nulidades relativas del proceso civil, igualación permitida en consideración a la importancia de la norma violada y la posibilidad de ser “subsanadas” como eventualmente puede ocurrir con la ilegalidad de la prueba o evidencia.

Para efectos de claridad, nos obliga lo anterior intentar una definición funcional de lo que para nosotros significa el concepto de nulidad, entendida ésta como la sanción o, si se quiere, la consecuencia de naturaleza legal o constitucional; consistente en invalidar el acto ejecutado con violación de normas procesales o normas de naturaleza sustantiva, establecidas o exigidas como condición para el respeto de los derechos y garantías establecidos

en favor de los sujetos procesales o para la preservación de la integridad del sistema jurídico.

Nelson Saray Botero¹, actual Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín al respecto se refiere al tema desde la obligación que tiene el Estado de garantizar la “sanidad” y validez de las actuaciones procedimentales, citando para ello decisión del 23 de septiembre de 2015 en la que se concluyó que el estado debe asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción procesal siga lógica y coherentemente a otra y que la sentencia sea el resultado de la rigurosa observación de pasos y formas tendientes a garantizar a los sujetos la demostración de sus derechos y pretensiones y a la jurisdicción la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos subjetivos y objetivos de la infracción, admitiendo la actuación solamente los actos propios de ella y dentro de los lapsos establecidos por el ordenamiento; razón por la cual, la transgresión o vulneración de la estructura del debido proceso se verifica con la pretermisión de algún acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito antecedente para adelantar el subsiguiente, o llevarlo a cabo sin el cumplimiento de los requisitos sustanciales inherentes a su validez o eficacia.

Las nulidades constituyen verdaderos medios o formas de impugnación que se originan por la violación de la legalidad o de la licitud, impuestas por las garantías individuales y procesales, al desconocer o apartarse de la plenitud de las formas procesales y procedimentales exigidas para el normal desarrollo del proceso penal y que quebrantan el debido proceso o el derecho de defensa en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, pero que impiden que el proceso cumpla su objetivo cual es la realización y aplicación del derecho sustantivo en las condiciones consagradas en el

¹ CSJ SP, 23 de septiembre de 2015, rad. 40694 en cita de SARAY BOTE-RO, Nelson, *Procedimiento Penal Acusatorio*, Bogotá, Leyer Editores, 2016, pp. 523 y 524.

artículo 10 del Código Procesal Penal ley 906/04, como condición básica de una convivencia pacífica social.

Ahora bien, no puede tampoco dejarse de lado que la obligación que emana de la norma rectora denominada imparcialidad (artículo 5º ley 906 de 2004)² en la que se exige a jueces de control de garantías y de conocimiento que se guíen por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia implica que la búsqueda del fin del proceso solo será posible si las formas, términos y derechos son respetados y salvaguardados por los sujetos procesales, así como reconocidos y materializados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez de conocimiento) y garantiza su imparcialidad (juez de garantías).

II. ALGUNOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE NULIDADES

Como lo advertimos en la nota introductoria solo nos referiremos a algunos principios básicos relacionados con la problemática planteada.

A) PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Es realmente el único que de forma expresa se presenta dentro del capítulo de la ineficacia de los actos procesales y se encuentra definido en el artículo 458 de la Ley 906/04 bajo el siguiente tenor: “No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título”.

Es entonces la trascendencia una guía limitada de situaciones en las que una actuación, fase o derecho (o la pretermisión de

² Artículo 5o. imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. Consultado de: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html> (01 de marzo de 2022 a las 15:31 horas).

alguno de estos) puede afectar el trámite procedimental al punto de ser necesaria la intervención judicial para corregir este y retrotraer la misma hasta el momento en que se haya presentado la violación; suprimiéndola y permitiendo que se lleve a cabo nuevamente de la forma correcta.

Ahora, y muy a pesar de la revisión de exequibilidad realizado por la sentencia C-591 de 2005, anticipamos nuestra posición de considerar como inconstitucional este desafortunado texto del artículo referido, entre otras muchas razones, i) por desconocer la universalidad en la protección y respeto por los derechos fundamentales, ii) desconocimiento del mandato de los artículos 4 y 29 de la Constitución Colombiana, iii) desconocimiento de la función social y jurisdiccionalidad de las nulidades, iv) limitación de las garantías procesales por vía jurisprudencial que no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, y v) la condición esencial de las nulidades en el bloque de constitucionalidad hace referencia a la demostración de la violación de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, sin importar las restricciones legales de cada país, tal como parece indicarlo el artículo 457 del estatuto procesal colombiano cuando se refiere al derecho de defensa o al debido proceso; claro está, admitiendo que algunos abogados utilizan este mecanismo procesal para dilatar indebidamente el desarrollo del proceso, quebrantando lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional denominó en alguna época como el “principio de lealtad de los sujetos procesales” (sentencia T-1055/06), lo que de ninguna manera puede legitimar la violación de las libertades y garantías fundamentales, y de manera inexcusable obliga al impugnante a demostrar la clase de violación sustantiva y las normas violadas.

De hecho, es extraño encontrar una norma tan rígida en cuanto a la imposibilidad de desarrollar la violación de formas y derechos que afecten gravemente la actuación o las garantías de los sujetos procesales cuando la descripción realizada en el capítulo de la invalidez de los actos procesales no supone claridad frente a estas sino una textura tan abierta que son los demás principios

los que llevarían a dotar a las nulidades de límites y claridad; de la sola lectura del artículo 457 se desprende la necesidad, en cada caso, de fijar en qué consisten los aspectos sustanciales y la materialización del derecho de defensa, es decir, la trascendencia de la transgresión.

Significa lo anterior que la pretendida taxatividad de las nulidades no opera en nuestro sistema porque su génesis se realiza a partir de la violación de derechos fundamentales y no basta la sola formalidad de la relación expresa, no de otra forma podría entenderse, en este tema, el artículo 29 de la Carta Política, amén de las disposiciones del bloque de constitucionalidad relacionadas.

B) PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA

La finalidad de las nulidades no es procurar la defensa de la legalidad en sentido estricto, sino la tutela a la violación de las garantías fundamentales y la estructura esencial del proceso penal.

En decisión del 26 de noviembre del 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto dentro de la radicación 523566107457-201200791-01 con ponencia del Magistrado Franco Solarte Portilla³ se definió, entre otros, el principio de trascendencia como necesario para “decantar si hay afectación al debido proceso en aspectos sustanciales”, en la que se dijo:

Para decantar si hay afectación al debido proceso en aspectos sustanciales es imperioso el estudio del principio de trascendencia, entendiendo lo sustancial, como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, de conformidad con el cual equivale a “lo importante o esencial”; de eso se ocupa tal principio, según explicación de la Corte Suprema de Justicia:

³ Consultado en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/162-33290/22490065/7.+SENT.+906+ALLANAMIENTO+NI+23782+HFO+-+LP+-+NULIDAD+INDEBIDA+IMPUTACION+-+CORRECCIONES+DE+LA+SALA.pdf/8bd149f7-a109-4fc0-a0a3-5e06b1511c7f>> (01 de marzo de 2022 a las 16:23 minutos).

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

Adicional al cual se puede fortalecer tal visión desde el Auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de marzo de 2001 (radicado 14728) en el que se dice:

Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en si misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido de la pretensión defensiva. Además, toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si esta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la sala.⁴

La anterior posición jurisprudencial de la Corte y Tribunal nos indica a la causación del daño como condición esencial para el reconocimiento de violación de este principio, lo que implica la afectación de los derechos y garantías fundamentales de partes y sujetos procesales, lo que a nuestro parecer marca la clara diferencia entre irregularidad (subsancable) y nulidad procesal por

⁴ Auto de la sala de casación penal de la Corte Suprema de justicia, marzo de 2001 radicado 14728.

defecto sustantivo, puesto que no es posible la reparación de lo que no se ha violentado.

C) PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN

Para algunos sectores se trata materialmente del principio denominado “de la conservación del acto”, relativo a la importancia del daño, siempre que este, no deteriore de manera significativa el ordenamiento jurídico o al tercero que lo soporta, perjudicado que conserva la facultad de subsanar los actos irregulares ya sea por manifestación expresa o por actuación procesal posterior indicativa de la convalidación del acto por considerar que el supuesto daño ya fue reparado, puesto que utilizó la posibilidad de restauración de su derecho por una vía distinta a la nulidad, lo que acertadamente los civilistas denominan “conducta concluyente”.

Para otros, tal definición es propia del principio de conservación que, con el mencionado contenido, recibe tal denominación; pero para nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Penal lo define de una forma más puntual al referirse a él como “Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado”.⁵

Ahora bien, no todos los defectos procesales que se presentan en la dinámica del proceso afectan de manera significativa las garantías, lo que implica que legalmente sean susceptibles de enmendar bajo la égida de este principio, razón por la cual, tal como lo habíamos advertido, asimilamos las irregularidades en el curso penal, con la figura de las nulidades relativas de otros sistemas procesales.

⁵ Auto penal AP2399-2017 con número de proceso 48965. M. P. José Francisco Acuña Viscaya. Consultado en: <<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2017/AP2399-2017.pdf>> (09 de marzo de 2022 a las 06:53am.)

III. CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES

En consideración a la magnitud del daño o a la violación del sistema jurídico las nulidades pueden ser consideradas como:

A) ABSOLUTAS

Caracterizadas por contener defectos de tal naturaleza, ligados como se dijo al daño o a la integridad de la juridicidad, y que en consecuencia no son susceptibles de sanear ni por el juez, ni por la parte, y que una vez declarada esta, de oficio o a petición particular, equivalen materialmente a la inexistencia del acto lo que obliga a su repetición dentro del marco legal. Claro está que cuando nos referimos a la inexistencia lo hacemos a manera de simulación, puesto que formalmente el acto puede generar efectos patrimoniales e inclusive acciones penales.

B) RELATIVAS

Contrario sensu a las nulidades absolutas, las relativas hacen referencia a ciertas actuaciones que dependiendo de la importancia del daño causado son susceptibles de convalidación o de saneamiento a cargo de terceros, mediante la realización de actos ejecutados por la parte y que indiquen inequívocamente la decisión de corregir el defecto, sustantivo o procesal.

C) OTRAS NULIDADES

Se trata de clasificaciones que no tienen relevancia jurídica en el tema que nos ocupa como son las nulidades retroactivas e irretróactivas, de derecho público y de derecho privado, las nulidades expresas o tácitas, las nulidades totales o parciales, entre otras.

D) CASOS PARTICULARES

Nos referiremos exclusivamente al tratamiento jurídico que viene utilizando la Corte Suprema de Justicia y que en nuestro sentir resulta violatorio de algunas garantías y derechos fundamentales puesto que en ciertos eventos contravienen la filosofía de los sistemas acusatorios aún los sistemas mixtos como el nuestro; razón por la cual hemos titulado el artículo como “Las nulidades ocultas”, dado que no consideramos ni idóneo ni suficiente el solo realizar el cambio del funcionario de conocimiento, pretendiendo una imparcialidad que no existe, porque aun así la disponibilidad de la información sobre la aceptación de cargos y las formas de realización de su conducta delictiva siguen estando disponibles para otros funcionarios, lo que sugiere declarar la nulidad del proceso y su reconstrucción a partir de un acto procesal determinado, porque insistimos, subsiste la posibilidad de un prejuzgamiento dado el conocimiento anticipado de los hechos.

En este orden de ideas presentamos los casos relevantes que fueron mencionadas al inicio del presente escrito de acuerdo con su trascendencia procesal en consideración a sus efectos: en primer lugar, las referidas a las inmunidades producidas cuando se utilizan mecanismos de “justicia consensuada” y que resultan fallidos; en segundo lugar el evento referido a la situación de cambio del juez de conocimiento una vez terminado el período probatorio en la audiencia de juicio oral; y un tercer lugar en el evento que se origina en aquellos casos en los que no se fijan en debida forma los hechos jurídicamente relevantes en la imputación y/o acusación; siendo el último quizá uno de los más claros pero controversiales cuando se refiere a la necesidad de pronunciamiento excepcional bajo criterios de examen de legalidad procesal y sustancial por parte del juez que cumpla funciones de control de garantías.

IV. LOS EFECTOS DE NULIDAD GENERADOS POR LAS FALLIDAS FORMAS DE TERMINACIÓN EXTRAORDINARIA DEL PROCESO

El derecho de defensa consagrado como principio mixto en el artículo 8 de la ley 906 de 2004 en su literal d) prescribe una prohibición absoluta, cuando se trata en realidad de una indemnidad jurídica esencial; que prohíbe al aparato jurisdiccional, utilizar con fines de asignar responsabilidad penal, los contenidos fácticos y probatorios expuestos en las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo con el ente fiscal, incluidas las diversas formas utilizadas por los métodos alternativos para la solución de conflictos.

Texto que nos obliga entonces a abordar la problemática sobre el alcance de esta clase de inmunidad en el proceso penal para este tipo de circunstancias porque consideramos no suficiente ni adecuada la solución adoptada por la magistratura de ordenar un cambio de funcionario pretendiendo garantizar no solo la igualdad de armas sino la independencia judicial, desconociendo que aun en los eventos de mala fe o deslealtad procesal de cualquiera de las partes, subsiste la posibilidad que el funcionario tenga una ventaja al conocer la información restringida, e inclusive organizar el plan de investigación con fundamento en la información restringida pero ya conocida, lo que sin duda afectará notablemente el derecho de defensa.

El concepto de restricción a la verdad, para efectos del presente trabajo se refiere a la inmunidad testimonial de naturaleza fáctica, probatoria y en algunos eventos hasta jurídica, para diferenciarla de los fueros que se conceden a algunos sujetos procesales, en razón de su dignidad o cargo; pues debe entenderse esta, la inmunidad, como la prohibición de violar por parte del ente investigador la reserva legal establecida prohibición de utilizar la información que en situaciones extraordinarias suministra el imputado al órgano investigador, en desarrollo de la enmienda constitucional conocida como el derecho a no autoincriminación y consagrada en su artículo 33: “Nadie podrá ser obligado a decla-

rar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Entender la naturaleza de este régimen de inmunidades establecido para todas las formas extraordinarias de terminación del proceso, cualquiera que sea su denominación, nos resulta importante para lograr determinar el alcance procesal ante sus violaciones, pero sobre todo es base de la confianza que debe regir el contexto de la justicia premial o consensuada, base de la alta eficiencia y credibilidad de los sistemas acusatorios, incluidos los de naturaleza mixta como es el caso colombiano.

La crítica centrada en el argumento de que el sistema colombiano solo es de tendencia acusatoria no justifica que la judicatura adopte procedimientos inadecuados frente a la protección de los derechos fundamentales, como resultaría el ya mencionado ejemplo sobre el cambio de funcionario que participó en la negociación, y sin que tampoco nos parezca válido justificarlo en las meras diferencias esenciales entre el sistema colombiano y los sistemas acusatorios de corte anglosajón.

No queda duda, que este tipo de reserva especial sobre la información calificada tiene arraigo en nuestra carta política en el último inciso del artículo 29 que prescribe el debido proceso, copia del artículo 24 de la constitución española y concebida como la quinta enmienda constitucional en la legislación americana que en su texto original refiere:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (...) tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la

propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.⁶

La primera y mayor diferencia frente al sistema americano es que en Colombia La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial⁷, aspecto de conveniencia política que no logró ser reformado por el acto legislativo 03 de 2002, lo que la limita en la plena disponibilidad de la pretensión punitiva en cuanto a rebaja de penas, concesión de inmunidades y otros beneficios procesales o sustantivos. En cambio, en la cultura americana “Los Fiscales Federales son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos y actúan a criterio del mismo (...)”⁸, lo cual amplía su capacidad de negociación y disposición, garantía de la eficacia y eficiencia de ese sistema jurídico, ya que de no ser así sería casi imposible lograr la operatividad de la justicia consensuada, a pesar de la enorme crítica que la considera como un factor de impunidad, desconociendo los beneficios integrados que recibe la justicia por la utilización de estos mecanismos. Citemos por ejemplo el caso de los grupos armados al margen de la ley que son desarticulados gracias a este tipo de inmunidades y que en ocasiones se acompañan del “programa de protección a testigos”. En el mismo sentido podríamos mencionar el caso “Odebrecht” y el carrusel de la contratación en Bogotá.

El sistema norteamericano utiliza los siguientes tipos de inmunidades. La inmunidad de uso, según la cual nada de lo que diga el testigo en su declaración, puede ser utilizado en su contra; la inmunidad de uso derivativo, por la cual no se podrá usar en el procedimiento ninguna evidencia que se vincule con lo declarado por el testigo; la inmunidad transaccional y extrapenal, debido a

⁶ Constitution of the United States, enmienda V.

⁷ Artículo 116 de la Constitución Nacional.

⁸ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Declaración de misión de los Fiscales Federales, consultado en: <http://www.usdoj.gov/usao/espanol/index.html>.

las facultades discrecionales del fiscal donde él tiene la potestad de decidir: Cuales y la cantidad de los cargos formulados, la decisión de acusar, esto a raíz de sus facultades de negociación y es de donde nace el conocido principio de oportunidad que en los Estados Unidos es mejor conocido como discreción del acusador (*Prosecutorial Discretion*);⁹ de estas negociaciones se desprende otro régimen de inmunidades: la inmunidad transaccional, que implica el no-procesamiento del testigo; y, la inmunidad extra penal, en la que se ofrece al testigo, además del no-procesamiento penal, otros beneficios como la extinción de las obligaciones civiles derivadas del delito o de las consecuencias administrativas, fiscales o disciplinarias.

Las inmunidades transaccionales y extrapenal, se basan en el principio de oportunidad, que tiene también asiento en la legislación colombiana, no solo a nivel normativo sino con rango constitucional prescrito por el artículo 250 de la Carta política.

En cuanto a la inmunidad extrapenal, el Fiscal en Colombia no cuenta con atribuciones para extinguir consecuencias del delito, que no sean las penales; con lo cual podemos decir que en el sistema acusatorio colombiano solo opera la inmunidad transaccional.

Especial mención merece, por ejemplo, la prescripción del artículo 369 de nuestro Estatuto procesal porque precisamente consagra la inmunidad fáctica, jurídica y probatoria quiere decir inmunidad total.

El acto procesal mediante el cual se otorgan inmunidades judiciales al procesado a través de los acuerdos para lograr la terminación anticipada, es ampliamente criticado por la supuesta *impunidad* que puede generar esta prerrogativa, además del dilema moral que podría provocar el hecho de que al colaborar con la justicia, se le otorguen al sindicado beneficios como el de no ser procesado en aquellos casos límites de inmunidad, independien-

⁹ NEIRA MUÑOZ, Orlando, *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, LEGIS, 2006, p. 179.

temente de la gravedad del delito que haya cometido o su grado de participación en su ejecución; igualmente se podrían ver afectados los derechos de las víctimas a la justicia y a la reparación.

Una última crítica radica en que el aparato judicial sea utilizado por los sindicatos, a través la colaboración y la denuncia, como una herramienta para evitar el castigo de la justicia, incriminando a todo tipo de personas a cambio de cualquier beneficio jurídico.

A pesar de estas críticas la institución de la inmunidad se mantiene en la legislación colombiana para salvaguardar derechos colectivos e individuales y cuestiones prácticas como el descongestionamiento de la justicia, y continuara siendo así mientras Colombia siga siendo un estado social de derecho,

El artículo 1 de la Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un estado democrático regulado por la ley, en el que priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales.¹⁰

Las funciones de las inmunidades además de cuestiones prácticas como el descongestionamiento de la justicia y celeridad en las actuaciones de la misma, su finalidad es la protección de derechos fundamentales evitando la violación de las garantías procesales como el derecho a la no autoincriminación.

Concluimos entonces con la necesidad de resaltar la importancia de la consagración legal de una categoría como la inmunidad, establecida como fundamento de la justicia negociada, sin la cual sería imposible pensar en preacuerdos, negociaciones o

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-220, abr. 29/97, Exp. D-1470, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

cualquier otra forma extraordinaria de terminación del proceso, en sacrificio de la eficiencia del sistema acusatorio y la administración de justicia. En la práctica judicial colombiana, la figura no está siendo aplicada en toda su extensión, pues se le está negando su capacidad de exclusión y por el contrario se está tramitando como una nulidad de la diligencia y la separación del funcionario que conoció.

Como fundamento de nuestra primaria conclusión mostramos las cifras del informe de gestión de la rama judicial de lo ocurrido en el sistema de corte acusatorio desde el año 2007 hasta el año 2016:

En vigencia del Sistema Penal Acusatorio, logrando una cobertura en todos los distritos judiciales del país, en el sistema judicial se han condenado 418.998 personas desde el año 2007 al año 2016. Este comportamiento representa un promedio anual de 41.900 personas condenadas, que equivale a 3.492 por mes, 159 al día y 20 por hora. Así las cosas, se presenta en el lapso 2007 a 2016, una correspondencia de 1 absuelto por cada 9 condenados.

Al examinar el procedimiento que se debió llevar a cabo para llegar a la condena de las personas que para las cuales se tuvo esta decisión, se observa que en el lapso 2007 a 2016, el 61% de los condenados se allanó a cargos; el 24% hizo un preacuerdo y el 15% no aceptó cargos, por lo tanto, llegó a juicio oral. Frente a los preacuerdos, se registra un comportamiento decreciente del año 2007 al año 2010, al pasar de 21.1% a 15.1%, respectivamente, siendo en este último año el punto de fluctuación al iniciar una tendencia creciente que retorna a 15.5% en el año 2011 y se reporta en 48.6%, el más alto porcentaje en el año 2016.

En el periodo 2007 a 2016, el 59% de los condenados aceptó cargos y el 26% hizo un preacuerdo; sin embargo, en el año 2016, el 30,6% aceptó cargos y el 48,6% hizo un preacuerdo.¹¹

¹¹ Cfr. Boletín Estadístico, Sistema Penal Acusatorio en Colombia 11 años. Consejo Superior de la Judicatura.

Si bien existen múltiples razones por las cuales se da un incremento importante sobre el número de sentencias por motivo de preacuerdos, consideramos que este mecanismo sigue en tendencia creciente en razón directa a las garantías de inmunidad que estas formas especiales ofrecen, sin olvidar que, en la figura del allanamiento, puede darse un preacuerdo informal antes de la formulación de imputación para garantizar la aceptación de cargos.

V. NULIDAD GENERADA POR CAMBIO DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN EL CURSO DEL PROCESO

La pregunta problemática que nos servirá de hilo conductor es precisar si el cambio de juez en la etapa de juicio una vez agotada la instancia probatoria es violatoria de las categorías de inmediatez o de concentración como principios cardinales de los sistemas acusatorios; y en caso positivo el efecto sobre la decisión del juez no solo sobre la probable generación de una nulidad absoluta, sino sobre la garantía de justicia formal que conlleva toda decisión judicial sobre la responsabilidad penal

Al respecto resumimos lo que para nosotros es la posición de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los elementos necesarios para decidir acerca de la procedencia de la nulidad cuando opera un cambio de juez.¹²

1. Definir si se trata de un error de naturaleza sustantiva o procesal, indicando su efecto sobre la garantía o sobre la estructura del proceso
2. Demostrar que el registro audio/visual de la audiencia no permite la reproducción exacta del contenido de la misma
3. Demostrar el daño generado como consecuencia directa de la

¹² SP212 – 2021 Radicado 52400/21 de febrero 03 de 2021 Patricia Salazar Cuellar)

desconcentración

No compartimos la postura de la Corte porque estimamos que la nulidad absoluta de la etapa probatoria en el juicio oral debe decretarse en todos los eventos que se presente esta circunstancia; básicamente fundamentado en dos razones prevalentes:

1. En el sistema colombiano no queda registro visual de las audiencias y la única posibilidad de reconstrucción para análisis es un registro de audio, soslayando y desconociendo esto lo dispuesto en el artículo 404 de nuestro estatuto adjetivo en lo relativo a los criterios de valoración de la prueba por parte del juez de conocimiento que incluyen, entre otras, evaluación del proceso de rememoración del testigo y su comportamiento durante su deposición en juicio; lo que sería imposible de hacer por un nuevo juez que no tiene la posibilidad de ver o presenciar el registro en audio y video de la práctica del testimonio que le permita realizar tal examen bajo parámetros de valoración racional de la prueba.

2. Existe una flagrante violación del principio de inmediación, columna vertebral de los sistemas acusatorios, puesto que inmediación significa la cercanía presencial entre los testigos y el juez, que sin duda se refiere a la presencia física de quien toma la decisión.

Como acertadamente lo expone el doctor Carbonell:

(...) para entender el funcionamiento del principio de inmediación en el nuevo sistema de justicia penal; aunque sus reflexiones conceptuales pueden aplicarse a otras materias, puesto que la idea de la inmediación judicial es que los jueces estén presentes en las audiencias, y, de esa manera, puedan percatarse de manera directa de todo lo actuado en las mismas.

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia, y dicha presencia debe ser, obviamente, física y no remota, además de continua.

Si el juez se ausenta, o de plano no acude a la audiencia, todo lo actuado es nulo de pleno derecho. De esta forma, los jueces tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fa-

llos con la única guía de un frío expediente y del correspondiente proyecto que les prepare algún secretario.¹³

A renglón seguido y con radicado 2017074 expresa:

el principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba vertidos en un proceso y que servirán para decidir sobre la responsabilidad penal de una persona, deben ser presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia. Los alcances de dicho propósito implican reconocer que es en la etapa de juicio donde la inmediación cobra plena aplicación, porque en esta vertiente configura una herramienta metodológica para la formación de la prueba, la cual exige el contacto directo y personal que el juez debe tener con los sujetos y el objeto del proceso durante la realización de la audiencia de juicio, porque de esa manera se coloca al juez en las mejores condiciones posibles para percibir —sin intermediarios— toda la información que surja de las pruebas personales, es decir, no sólo la de contenido verbal, sino que la inmediación también lo ubica en óptimas condiciones para constatar una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, habilitados para transmitir y recibir de mejor manera el mensaje que se quiere entregar, como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo, que la doctrina denomina componentes paralingüísticos.¹⁴

3. Claramente el texto citado nos indica que de alguna manera el respeto por el principio de inmediación, legitima la juridicidad de la decisión del juez, en cuanto a los cumplimientos de varios de los fines del proceso penal.

¹³ Carbonell, Miguel, “El principio de inmediación”, *Hechos y derechos*, México, IJ-UNAM, núm. 47, septiembre-octubre 2018. Consultado en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12746/14279>>.

¹⁴ *Idem*.

4. No adoptar esta posición acerca del alcance de la inmediación nos regresa a épocas oscuras de los sistemas inquisitivos en lo relacionado con la ideología de la prueba y sus alcances en el soporte de las decisiones judiciales.

5. No decretar la nulidad significaría que aún seguimos operando bajo el principio de permanencia de la prueba, proscrito en nuestro sistema de juzgamiento.

6. No asumirlo configura una clara violación al debido proceso de conformidad con las prescripciones del artículo 29 constitucional, limitando el conocimiento del juez a un simple registro auditivo, razón por la cual la sentencia T – 205 de 2011 ordena al Consejo Superior de la Judicatura “completar la dotación técnica idónea y apropiada...cabal para todas las áreas judiciales donde opera el sistema penal acusatorio (T – 205 de 2011 Nilson Pinilla Pinilla)

VI. EL CAMBIO DE JUEZ Y LA AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN

El planteamiento de los demandantes dirigido a que se invalide lo actuado desde la primera sesión del juicio, no indica cuáles son los yerros insalvables, bien sea de garantía, o de estructura, que conducen a la pérdida de validez formal y material de lo actuado desde ese momento procesal, sino que se circunscribe al hecho de haberse producido el cambio del juez.

Ya la Corte ha tenido oportunidad de precisar que no siempre que el sentenciador de primera instancia es diferente del que presenció el debate probatorio, procede la anulación de la actuación, por cuanto lo realmente importante es que se identifique la afectación real de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes, o la distorsión de las bases fundamentales del procedimiento.

Es así como esta Corporación ha sido del criterio que cuando el juicio oral es adecuadamente registrado en audio o video, de manera que no se adviertan daños o averías que dificulten o imposibiliten la auscultación de su contenido, es posible que un juzgador, diverso al que presenció el debate oral, pueda tener una aproximación suficiente frente a lo sucedido en las diligencias¹⁵

Sobre ese particular, de vieja data, se ha señalado que (CSJ SP, 7 sep. 2011, rad. 35192): “(...) no puede desconocerse cómo al día de hoy los adelantos tecnológicos, facultan remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación in situ que realiza el juez dentro de la audiencia”.

Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien remplazó al juez anterior.

De igual forma, la Corte sostuvo (CSJ AP 26 oct. 2016, rad. 43392):

(...) que se preservan los principios de oralidad, inmediación y concentración, cuando, además, según lo ordena el mismo ordenamiento procesal (artículo 146 de la Ley 906 de 2004), las actuaciones son aseguradas por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, igualmente, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

Acorde con lo anterior, si bien la Sala ha sido garante de los principios de inmediación y concentración, también ha venido flexibilizando su postura en el sentido de que el cambio de juez en el juicio oral no conduce inexorablemente a la anulación del trámite, sobre todo si se cuenta con los registros audiovisuales, siendo necesario que se demuestre el daño o perjuicio –efectivo– causado con un

¹⁵ CSJ SP17660-2017, rad. 44819; CSJ, AP1868-2018, rad. 52632.

juicio realizado de manera desconcentrada y en cabeza de dos o más juzgadores.¹⁶

En el asunto examinado, el tribunal tuvo en cuenta que el juez que asumió funciones en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena, en audiencia pública realizada a pocos días de su llegada a dicho despacho (11 de febrero de 2013), informó a las partes que no adelantaría la audiencia de lectura de fallo debido a que no había tenido tiempo de revisar los registros contentivos de las pruebas practicadas en el juicio. Un mes después (21 de marzo de 2013), declaró la nulidad parcial del anuncio del sentido del fallo, tras escuchar los registros de las pruebas y motivar su decisión, disposición de la que dio traslado a las partes, entre ellos al abogado defensor, quien refirió estar de acuerdo con ella debido a que favoreció a los acusados absolviéndolos por el delito descrito en el artículo 366 del C.P., deviniendo entonces carente de interés el actor en su pretensión por efecto del principio de convalidación que gobierna las nulidades.

Tal situación demuestra que el juez que reemplazó al que presidió el juicio, a través de los registros del acopio probatorio, tuvo conocimiento claro de los hechos juzgados, las pruebas practicadas y las tesis confrontadas, pues de otra manera no habría podido formarse su propio criterio acerca del delito de tráfico, fabricación o porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública, ni compartir la decisión anunciada por su antecesor respecto de los demás delitos objeto de juzgamiento.

De manera que los demandantes no tuvieron en cuenta el criterio jurisprudencial en vigor frente a eventos semejantes, de acuerdo con el cual, tal circunstancia -el cambio del juez titular del despacho en el que se emitió la sentencia-, solo por excepción es constitutiva de nulidad,¹⁷ y en ningún caso cuando obedece a situaciones administrativas ingobernables, como la acaecida en el

¹⁶ CSJ SP 27 feb. 2013, rad. 37.228.

¹⁷ Cfr. SP 12 dic 2012, rad. 38512, y SP12948-2014, 24 sep. 2014, rad. 36401.

presente asunto, toda vez que ante la renuncia del funcionario que presidió el debate público hasta su culminación, en su reemplazo era imperativo designar otro, con quien se surtió el trámite subsiguiente.

Sobre idéntico planteamiento de la defensa en sustento del recurso de apelación, señaló el tribunal que:

Nunca la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo -o su sentido- es distinto de aquel encargado de presenciar la práctica probatoria trascendente, puede conducir a la anulación del juicio oral, consecuencia que, de solicitarse, obliga demostrar grave afectación de otros derechos o principios fundamentales. Es que, para el operador judicial debe ser materia obligada de examen, cuando se presente la circunstancia analizada, tanto lo correspondiente a las razones que motivaron ese cambio de fallador, como los derechos que en concreto pueden ser afectados si se dispone la nulidad...¹⁸

Tal sería el caso, por ejemplo, cuando por el lapso transcurrido y debido a la deficiente calidad de los registros del acopio probatorio, le es imposible al fallador que presidió el juicio, o al que por circunstancias excepcionales lo reemplaza, tener conocimiento claro de los hechos juzgados, situaciones que deben ser, no solo alegadas sino acreditadas, por quien deprecia la nulidad.

VII. NULIDAD POR INDEBIDA DETERMINACIÓN HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN COMO FORMA DE DESCONOCER EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este es un tipo de nulidad que parte de la violación de garantías fundamentales del debido proceso en aspectos sustanciales bajo el precepto normativo del artículo 457 del estatuto adjetivo en

¹⁸ Folio 96 del cuaderno del tribunal que contiene el fallo.

cumplimiento del principio de taxatividad (artículo 458 L. 906 de 2004).

Sobre este tema ha dicho la Corte Constitucional que
«[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia»
(...)
«la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico»¹⁹

Posición reiterada y aclarada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la decisión con radicación 51007 de 2019²⁰ al afirmar que la audiencia de formulación de imputación de imputación tiene una función cardinal de permitir a quien es vinculado formalmente a la investigación, ejercer su derecho de defensa en términos objetivos y claros, miremos:

(a) «garantizar el ejercicio del derecho de defensa», (b) «sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares» y (c) «delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía».

Lo anterior es cardinal si se tiene que permitir una acusación que se base o cimente en hechos indeterminados que no revisten las calidades de ser jurídicamente relevantes en los términos descritos por la misma sala el 11 de diciembre de 2018, dentro de la radicación 52311 (ponencia de Patricia Salazar Cuellar), implicaría una afectación sustancial de la estructura del debido proceso, miremos:

La irregularidad analizada equivale, en la práctica, a una condena sin acusación. Se trata esta de una afectación sustancial de la

¹⁹ Sentencia de constitucionalidad C 025 de 2010.

²⁰ Decisión CSJ2042 del 5 de junio de 2019, radicación 51007.

estructura del debido proceso. Y esta, a su vez, es un yerro de garantía, en tanto la defensa no puede preparar su caso si no conoce de qué se le acusa.²¹

Lo anterior frente al caso allí analizado donde la consonancia no se predicaba entre la imputación y acusación de cara a lo condenado y reiterando lo dicho en el fallo de 2018 que, específicamente dijo:

(...) la jurisprudencia tanto de la Sala como de la Corte Constitucional ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación, hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

(...)

aunque hayan sido formulados de manera correcta los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, cuando estos no obren en la acusación, se violará el principio de congruencia si el juez condena por aquellos referentes de hecho.²²

Nótese como incluso el análisis de los hechos de la acusación dependen también de la correcta y adecuada determinación de los hechos desde la imputación so pena de vulnerarse, no solo el principio de congruencia, sino afectarse la estructura del proceso y desconocerse garantías fundamentales y, dentro de ellas, el derecho de defensa.

De hecho, la correcta fijación de los hechos dentro del trámite procedimental son garantía de fijación del objeto de la pretensión

²¹ En este se cita la decisión SP3831-2019 Rad. 47671 del 17 de sept. 2019 que cita, como reiteración de jurisprudencia, el fallo CSJ SP5660, 11 dic. 2018, rad. 11 dic. 2018, rad. 52311.

²² CSJ SP5660, 11 dic. 2018, rad. 11 dic. 2018, rad. 52311, acerca de la acusación como elemento estructural del proceso y presupuesto de las garantías del procesado y R. 47671 de 2019.

y de legalidad sustancial (juicio correcto de tipicidad objetiva y subjetiva o, si se quiere, de satisfacción de requisitos del injusto culpable en los términos de la norma rectora del artículo noveno del código penal) de cara a la fijación de la *litis* sin nacimiento del proceso (audiencia de imputación) y fijación definitiva de la pretensión fáctica (acto complejo de acusación).

Es por lo anterior que se ha venido hablando, al no tener etapa intermedia ni juez con posibilidad de realizar un control material de la acusación, del control excepcional de legalidad que debe realizar tanto quien cumpla funciones de control de garantías como de conocimiento de cara a la revisión y correcta fijación del objeto de discusión, decisión y tema de prueba, es decir, los hechos que revistan las características de jurídicamente relevantes, bien desde el tipo objetivo y subjetivo o bien desde el análisis del injusto culpable y sus respectivos elementos negativos.

Así las cosas, es importante también reiterar lo dicho en reciente decisión por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

En efecto, luego de múltiples decisiones donde se precisó el concepto de hecho jurídicamente relevante –y su diferencia con los hechos indicadores y los contenidos probatorios– (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre muchas otras), y tras resaltar en repetidas ocasiones la importancia de que la Fiscalía realice con cuidado extremo el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación”, como quiera que de ello depende tanto la materialización de las garantías debidas al procesado como la delimitación del tema de prueba y, en general, la concreción del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 23 nov 2017, Rad. 45899, entre otras), en la decisión CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007 la Sala hizo un compendio de ese desarrollo, lo articuló con las decisiones que sobre ese mismo tema ha emitido la Corte Constitucional y presentó un resumen de las referidas reglas, así:

Del anterior análisis se extraen las siguientes reglas sobre la formulación de imputación: (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación– está reservado al fiscal; (ii)

los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos facticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma.

(...)

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión,

etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido.²³

Motivo por el cual no es correcto que se solicite el ejercicio de un control material de la imputación o acusación, esto sería indebido y generaría una afectación al principio de imparcialidad, lo que debe solicitarse y evidenciarse es la existencia de una nulidad por indebida determinación de hechos jurídicamente relevantes desde la audiencia de formulación de imputación que afectan la estructura del procedimiento y generan, como consecuencia, un desconocimiento de derechos y garantías fundamentales.

²³ Fallo SP3988-2020 (Radicación 56505 del 14 de octubre de 2020 – M. P. Patricia Salazar Cuellar).

