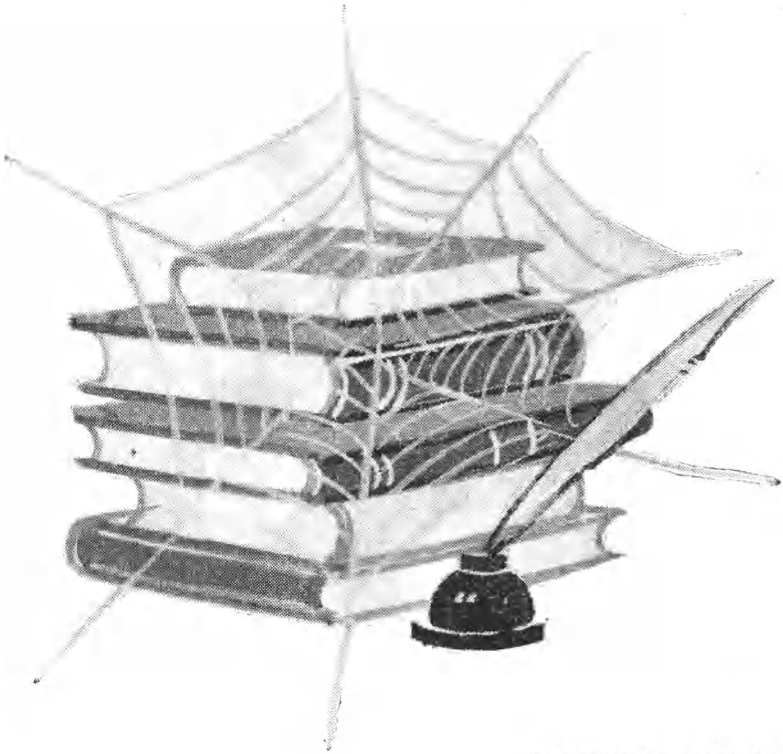


LAS NULIDADES

EN EL DERECHO PENAL



HERNANDO DUARTE POLO

I. — Introducción

Los actos judiciales, para que tengan validez, sean observados y nazcan con efectos a la vida jurídica, deben tener como presupuesto esencial el estar ajustados a las exigencias que la Constitución y las leyes demandan.

Cuando un acto judicial o una providencia adolecen de inobservancia de

determinadas formalidades, puede ocurrir que sean revocadas o acusadas de nulas, todo lo cual, además de constituir un descuido reprochable del funcionario que la dictó, viene a ser un factor perturbador de la correcta marcha del órgano jurisdiccional del Poder Público que se traduce en morosidad y perjuicios notorios para los sindicados al tiempo que se hace nu-



Dr. HERNANDO DUARTE POLO

gatoria la misión ejemplarizante de la pena, pues, con juicios prolongados innecesariamente, cunde la inseguridad y hace carrera la sensación de impunidad ante un conglomerado que quiere ver solucionados con rapidez los problemas planteados en el proceso penal: inocencia o responsabilidad del sindicado, existencia o inexistencia del delito, sanción o impunidad de los responsables, cuestiones estas en que están interesadas no solo las partes, sino también, como queda dicho, la sociedad, porque de la correcta administración de justicia depende en grado sumo la seguridad de núcleo social en que el delito se agota.

II. — Naturaleza de las nulidades

Podemos definir las nulidades procesales, con **Hernando Morales M.**, diciendo que son sanciones con las cuales la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por la misma (1).

Ese concepto, eminentemente civilista de **nulidad**, guarda armonía con la concepción penal de la misma, y es así

como el ilustre catedrático Gustavo Rendón Gaviria, citando un fallo proferido en Sala de Casación Penal, desentraña así la noción de **nulidad**: "El concepto jurídico de nulidad implica la existencia de un acto procesal no realizado conforme a las normas legales que lo regulan; es una infracción manifiesta de las reglas procedimentales que deben llenarse en cada caso. Nulidad tanto quiere decir como omisión de algo indispensable para la validez de un acto" (2).

Las nulidades se encuentran establecidas taxativamente en la Ley, razón por la cual, la interpretación de las causales de nulidad debe ser restringida, lo que quiere decir que solo por mandato de la ley, puede elevarse un defecto procesal a la categoría de nulidad. Y esto es así porque en nuestra legislación se haya vigente el principio procesal francés según el cual ningún acto o tramitación judicial puede ser anulado sino cuando la causal de nulidad se halla establecida formalmente en las Leyes (3).

En nuestro trabajo "Función Social de la Defensa y Cuestiones Aledañas" sosteníamos que: Sociedad - procesado forman una dicotomía esquematizada en la que a grandes rasgos se ven en juego, por un lado, el respeto al ordenamiento jurídico, y por otro, la ga-

- (1) "Curso de Derecho Procesal Civil", pág. 422, quinta edición 1965. Editorial Temis, Bogotá.
- (2) "Curso de Procedimiento Penal Colombiano", segunda edición, Editorial Temis, Bogotá 1962, pág. 185.
- (3) Es lo que los franceses llaman "pas de nullité sans texte".

rantía constitucional de dar al individuo la posibilidad de defenderse (4).

Pues bien, tocábamos en esa ocasión un aspecto procesal que linda con el de las nulidades, y más concretamente, con la justificación de las mismas por que, la dicotomía a que hacemos referencia no puede desequilibrarse sin que se genere nulidad, ya porque no se respeta el ordenamiento jurídico, o porque se menoscabe la garantía constitucional de la defensa.

De una vez aclaramos que la observancia al ordenamiento jurídico no debe entenderse en términos absolutos, porque, como bien lo afirma Rendón Gaviria (5) "No todas las normas contenidas en el Código de Procedimiento tienen igual valor, el cumplimiento de ellas no se impone siempre en el mismo grado de obligatoriedad. Por ello, **aunque sustancialmente las nulidades entrañan una sanción a las violaciones de las normas procesales, esa sanción no se presenta sino cuando la norma violada exige de manera absoluta su cumplimiento**". (El subrayado es nuestro).

III. — Clasificación de las nulidades

A. Desde el punto de vista de su origen o fuente consagrada, se puede hablar de nulidades constitucionales y nulidades legales. Las nulidades constitucionales son llamadas también supraleales. Ocurre una nulidad constitucional cuando se omiten en el juzgamiento los requisitos consagrados por el artículo 26 de la Constitución Nacional, según el cual, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las le-

yes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (6).

Pero, fuera de esa norma superior, existen en la Ley unas causales expresas cuya inobservancia generan el vicio de nulidad, y a estas causales, precisamente, las llamamos "nulidades legales", que para el derecho penal militar colombiano no son otras que las indicadas en el artículo 441 del C. de J. P. M., porque preceptúa: "Son causales de nulidad en los procesos penales militares:

1º No tener competencia o jurisdicción;

2º Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable, su grado o calidad de militar; o al nombre o apellido del ofendido;

3º No haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el encausado en juicio, no lo reclama dentro de los cinco días siguientes a aquel en que

(4) "Revista de las Fuerzas Armadas", Nº 48, vol. 16, Bogotá, enero y febrero de 1968.

(5) Gustavo Rendón Gaviria, op. cit., pág. 34.

(6) "Constitución Política de Colombia". Colección Codex Brevis.

se le haya hecho la primera notificación personal;

4º No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración del juicio; pero no se declarará la nulidad si el interesado no notificado concurre al Consejo de Guerra respectivo. El procesado podrá solicitar la anulación del proceso por esta causal;

5º Reemplazar ilegalmente a alguno de los Vocales del Consejo de Guerra o no reemplazarlo si existiere causal para hacerlo;

6º No haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código" (7).

Con algunas variaciones, las causales de nulidad del Derecho Penal Militar son las mismas del Derecho Penal común (arts. 198 y 199 del C. de P. P.), de tal suerte que si el error procedimental en que se incurre en el juicio, se halla previsto en las normas citadas, es procedente decretar la nulidad de lo actuado, pero si dicho error o vicio no está expresamente establecido en dichas normas, entonces la nulidad no puede decretarse.

B. Desde otro punto de vista, las nulidades pueden ser absolutas o sustanciales y relativas o formales. Así explica la Honorable Corte Suprema de Justicia esta clasificación: "Las primeras (nulidades absolutas o sustanciales) comprenden la violación de normas de derecho penal, lo afectan en su contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso o tácito de las

partes que intervienen en el juicio, las segundas (nulidades relativas o formales) hacen referencia a las normas reguladoras del proceso penal; estas son subsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso o tácito de las partes, deducido de su actuación o intervención en el juicio" (8).

Volviendo al tema de las nulidades constitucionales, de ellas se puede hablar con precisión porque violar el artículo 26 en un juicio, viene a constituir incobserancia de principios universales de derecho como son: la legalidad del juicio y la legalidad de la pena; de tal suerte que si un proceso se cumple con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, resulta viable declarar la nulidad de lo actuado.

IV. — Algunas irregularidades que no acarrear nulidades

La congestión de los despachos judiciales, la premura y simultaneidad con que se tramitan los negocios penales, así como lo difícil que resulta memorizar todo el cúmulo de normas sustantivas y adjetivas vigentes en un momento histórico determinado, son factores que contribuyen en no pocos casos a la comisión de errores y a la inobservancia de preceptos, es decir,

(7) "Código de Justicia Penal Militar". Edición Servicio Imprenta y Publicaciones de las FF. AA.

(8) Sentencias 11 de septiembre 1946, LXI, 819; 19 de junio 1953, LXXV, 453, citadas por J. Ortega Torres en su Código Penal y de Procedimiento Penal, pág. 532, Ed. Temis, Bogotá, D. E., 1961.



En cualquier lugar del mundo LAND ROVER no tiene sustituto.

LAND-ROVER
 está en
 todo mundo.

LAND ROVER, con propulsión en las cuatro ruedas ha demostrado ser el vehículo sin igual para agricultores, ganaderos, fuerzas armadas, ingenieros, exploradores, colonizadores, médicos rurales, misioneros, etc.,



12 años de diaria experiencia en los países en pleno desarrollo. Siempre la acción por todos los caminos y abruptas montañas. Siempre dedicados a múltiples tareas en todos los frentes de trabajo. Siempre presentes donde empieza la riqueza de los pueblos.

CASA
DURAN LTDA.
 BOGOTA - CALI



a incurrir en irregularidades en la vida del proceso. Si a lo anterior se agrega el hecho de que un proceso penal pasa por diferentes juzgados (instructores, comisionados y falladores) y en su tramitación, por ende, han laborado diferentes personas: jueces, instructores, jueces comisionados, inspectores de policía, secretarios, auxiliares, etc., es fácil entender cómo en alguna etapa del sumario o del juicio han podido anotarse irregularidades. ¿Pero toda irregularidad genera nulidades? La respuesta a este interrogante es, desde luego, negativa porque **las únicas irregularidades generadoras de nulidades son las indicadas expresamente en la Ley y en la Constitución Nacional.**

La Corte hace al respecto la siguiente anotación: "Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos de los artículos 198 y 199, que enumeran las causas de nulidad, puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República" (9).

A guisa de ejemplo, veamos algunas irregularidades que a pesar de constituir inobservancias de normas legales, no constituyen nulidad de lo actuado:

1º Remitir el expediente al Superior en apelación sin que se haya dictado el auto que la concede. En

este caso no se podrá alegar ante el Superior ni por el Superior, incompetencia de jurisdicción porque la nota u oficio remisorio equivale a la concesión implícita del recurso. Desde luego que la falta de auto concesorio del recurso implica una irregularidad, **consistente en no observar** el procedimiento que la naturaleza de las cosas indica. En efecto, interpuesto un recurso cualquiera contra una providencia judicial, el juez debe dictar auto en el que indica si concede o no el recurso y en qué efecto. Pero si no dicta el correspondiente auto de sustanciación, y remite el negocio al Superior con Oficio en que indica por qué sube el expediente, no está haciendo cosa distinta a la de consumir una irregularidad. Irregularidad que, como ya se dijo, no constituye nulidad de ninguna especie (10). Cabe aquí recordar una interesante providencia dictada por el Juzgado Superior de Sevilla (Valle) cuando para atacar un libelo que proponía una nulidad, que a juicio del Juez no existía, contestaba con muy buen humor: **Es que a las nulidades no se juega como a la gallina deca.** En efecto, **una cosa es que se incurra en una inobservancia y otra, muy distinta, que se incurra en nulidad.**

2º Omitir el funcionario de instrucción el nombre de la oficina, el

(9) Sentencia 5 de febrero de 1947, XII, 511. Citada por Jorge Ortega Torresop. cit., pág. 533.

(10) Casación del 20 de marzo de 1928.

lugar y la fecha, en el auto de cabeza de proceso. Aunque esa informalidad constituya un defecto procedimental, por violarse con ello el artículo 469 del C. de Procedimiento Civil, ello no basta para tachar de nula la providencia (11). Y es apenas lógica la negativa de nulidad porque esas inobservancias no afectan la legalidad del auto ni atacan lo esencial del sumario, entre otras razones por la potísima de que la fórmula del Art. citado no viene a ser algo fundamental dentro del proceso.

3º No firmar, el defensor, el acta de la audiencia pública o del Consejo de Guerra. Cuando esto ocurre, no se está incurriendo en nulidad aunque sí en una informalidad consistente en violar el contenido del artículo 584 del C. de J. P. M. y concordantes del Código de Procedimiento Penal; mal podría hablarse de nulidad porque como bien lo sostuvo la Corte en Casación del 28 de junio de 1934, "Lo que la Ley quiere no es que los defensores firmen las actas de audiencias, sino que concurren a ellas y cumplan con su deber".

Por otra parte, bueno es recordar que nuestro más alto tribunal jurisdiccional sostuvo en casación del 18 de julio de 1945, precisando la naturaleza de las nulidades: "Las nulidades en derecho penal se establecen con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado. Su declaración es prudente en los casos en que se hallen con-

culcados o supeditados los derechos de este, por acciones u omisiones de la Ley; **pero cuando esa acción u omisión no menoscaba los derechos del sindicado, ni los de la Justicia, ni los de la sociedad, no es pertinente su declaratoria, porque lejos de corregir un error, se caería en un abuso más grande, en perjuicio de los intereses de la justicia, de la sociedad y del propio sindicado, que en nada se beneficiaría con la declaratoria de nulidad**". (El subrayado es nuestro).

4º Tampoco es causal de nulidad la falta de firma de un jurado o vocal de un Consejo de Guerra en el acta de audiencias porque, al igual que en el caso anterior lo que la ley quiere no es que los jueces de conciencia firmen el resumen de lo ocurrido en la audiencia (Acta) sino que asistan a ella y cumplan con su misión, asistencia y misión que quedan probadas plenamente con la respuesta y firma del cuestionario o cuestionarios sometidos a consideración dentro del plenario. Y si después de que los Jueces de hecho cumplen con su sagrada misión, no firman el acta, la falta de firma viene a hacer ciertamente una irregularidad, pero nunca una causal de nulidad. Sostener lo contrario sería dar a las nulidades una interpretación extensiva que pugna ostensiblemente con la naturaleza constitucional y legal de una Institución

(11) Sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia fechada el 11 de mayo de 1951.

que como la nulidad, fue creada para garantizar la correcta tramitación de los juicios, así como el respeto a garantizar un juzgamiento sin arbitrariedades, no para obstaculizar con declaratorias de nulidades el trámite de los procesos a la cosa juzgada. Y afirmamos esto porque en el país resulta común hallar procesos con decretos curiosos de nulidades, con lo cual no se hace otra cosa que obstruir el proceso penal y demorarlo notoriamente declarando nulidades a la topa tolonadro valiéndose para ello de argumentaciones basadas en perniciosas interpretaciones elásticas de las leyes reguladoras de la materia en Colombia. Se acepta que el remitir en consulta un proveído (en el que se ha celebrado audiencia pública con intervención de jurados) sin la firma de un jurado, es ciertamente una inobservancia al art. 584 del Estatuto Penal Castrense, pero también es cierto **que no toda inobservancia a un mandato legal tiene el poder de convertir en nulas las actuaciones judiciales.**

Pero es que hay otra cuestión de fondo que no puede pasarse por alto; el acta de un Consejo de Guerra viene a ser un documento (ni siquiera una providencia judicial) facturado a posteriori de la tramitación jurídica del juicio; filosóficamente el acta no es un presupuesto de la existencia del juicio sino una consecuencia de él, y en estas condiciones, una falla en el acta solo puede afectarla a ella, jamás al proceso

cuando este se ha incoado, tramitado y finiquitado con todas las formalidades legales y constitucionales reguladoras del proceso Penal en Colombia. Entonces, si en un exceso de rigorismo jurídico o si en uso de atribuciones excesivamente formalistas, se quiere hablar de nulidad frente a la falta de la firma de un vocal, entonces esa nulidad no puede tener en modo alguno un poder corrosivo o destructivo que conlleve retroactividad hacia el juicio sino en el caso (y eso ya es harina de otro costal) de que a través del acta se probara una nulidad en el proceso. Tomar una informalidad del acta para viciar de nulidad un proceso, es algo así como matar actuaciones jurídicas anteriores que han venido a la vida judicial sin defecto alguno; sería así como, si decretada una nulidad por mala elaboración de los cuestionarios, se dijera en el proveído anulatorio que, con base en dicha nulidad, se deja sin valer también las actuaciones anteriores, v. gr., el auto de detención, auto de vocación a juicio, etc. Es que no debe olvidarse, repetimos, que **a las nulidades no se juega como a la gallina ciega.** Solo en casos excepcionales la anulación de una etapa del juicio vicia otras actuaciones anteriores: Por ejemplo: Cuando al decretarse nulo lo actuado dentro del Consejo de Guerra, esa declaratoria de nulidad afecta desde luego la Resolución de convocatoria porque algunos integrantes del Consejo no podrán volver a actuar en el nuevo

juzgamiento que se convoque, dentro de la misma causa, según lo dispuesto por los artículos 401 y 587 del estatuto penal castrense.

5º Tampoco es objeto de nulidad el Consejo de Guerra a raíz del cual se dicta una sentencia en la que no se le define la situación jurídica a una persona que ha figurado en el sumario como sindicada. La irregularidad, desde luego, no da pie para la anulación de lo actuado, pero sí **para revocar la sentencia y ordenar que se vuelva a fallar** porque las cesaciones de procedimiento solo pueden ser dictadas por el Funcionario Instructor y por el Juez de Primera Instancia, pero no por el ad quem (12).

Entonces, como el fallador en segunda instancia no puede enmendar la irregularidad del fallador en primer grado (hacerlo sería, en este caso concreto, usurpar jurisdicción), entonces resulta procedente **revocar**, no **anular**, aunque esto implique inobservancia de los artículos 579 y 567 del C. de J. P. M. En efecto, el artículo 579 del C. de J. P. M., preceptúa: "En todos los casos, al terminar sus labores el Consejo, no debe quedar sin resolver la situación de ninguna persona que haya figurado en el proceso en calidad de sindicado". Y el artículo 567, de la misma obra, establece: "Pueden convocarse Consejos de Guerra Verbales, exista o no investigación previa

Parágrafo 1º En los casos en que exista investigación previa, quien está facultado para convocar Consejo de Guerra Verbal, una vez estudiado el expediente, podrá omitir en la Resolución de Convocatoria los nombres de aquellos sindicados que considere que no deben juzgarse por falta de mérito y si estuvieren detenidos, los pondrá en libertad provisional. Si el Presidente del Consejo, en uso de sus atribuciones, decide no redactar cuestionarios con respecto a quienes estén en las anteriores circunstancias, deberá, cuando dicte la sentencia, aplicar el artículo 417 de este Código

De tal suerte que si no se cesa procedimiento a una persona al momento de definírsele la situación a los demás sindicados, ello envuelve una inobservancia, pero en forma alguna puede erigirse en causal de anulación del proceso la inobservancia comentada. Constituiría un desatino el hecho de que el ad quem anulara lo actuado dentro del Consejo de Guerra, porque lo procedente sería ordenar al a quo que volviera a proferir sentencia observando lo preceptuado por las normas precitadas, sin necesidad de convocar un nuevo Consejo de Guerra, por cuanto lo actuado dentro del Consejo de Guerra se hizo con observancia del procedimiento penal militar, solo que nos hallamos ante un caso de **sentencia incompleta**, lo cual es una **irregularidad formal del**

(12) Artículo 417 del C. de J. P. M.

proveído, y no una irregularidad sustancial del proceso.

V. — Conclusión

Los anteriores ejemplos, muestran cómo, en ocasiones, se incurre en incobservancias o informalidades sin que por ello lo actuado sea susceptible de anulación. Esas irregularidades, desde luego, ocurren con frecuencia y deben evitarse en procura de hacer más rápida y eficaz la administración de justicia, pero en forma alguna, el conocimiento que se tenga de que las cau-

sas anotadas no anulan el proceso, puede ser tomada para seguir incurriendo en las mismas incobservancias procedimentales. Por el contrario, los sumarios o procesos deben salir de las oficinas instructoras o de los juzgados de instancia, previa revisión de lo actuado. Si esto se hace a conciencia, pocos serán los errores que el Superior tenga que enfrentar y escasas las ocasiones en que los procesos vuelvan a la oficina de origen para que se enmiende una irregularidad.

FERRETERIA BELGA

CAMMAERT & CIA.

BOGOTA. D. E.

Calle 17 No. 13-50 — Tels.: 42-83-10 y 43-79-33

SANITARIOS — VIDRIOS — PINTURAS

ESTUFAS Y CALENTADORES DE GAS Y ELÉCTRICOS

MEDELLIN

Carrera 51 No. 37-37 — Teléfonos. 41-58-08, 42-42-31 y 42-21-72

LLANTAS, BATERIAS ICOLLANTAS — ACEITES Y GRASAS TEXACO

MOTOS HONDA — ADITIVOS PARA ACEITES WINN'S

Calle 37 No. 51-17 — Teléfonos: 41-48-14 y 45-79-30

HIERROS — TUBERIAS — LAMINAS — SANITARIOS

FIELTRO — CARRETILLAS