

J A I M E  
B E R N A L   C U É L L A R  
E D U A R D O  
M O N T E A L E G R E   L Y N E T T

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
BIBLIOTECA

# EL PROCESO PENAL

4<sup>A</sup> EDICIÓN ACTUALIZADA CON LA COLABORACIÓN  
DE LOS PROFESORES ORLANDO OSPITIA GARZÓN,  
MARIO IGUARÁN ARANA Y HENRIK LÓPEZ STERUP

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN		19
CAPÍTULO PRIMERO		
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL		21
I.	La constitucionalización del proceso penal	23
II.	La Constitución	25
	A. Estado social de derecho	25
	B. Constitución. Parte orgánica y parte dogmática	26
	C. Parte dogmática: valores, principios y derechos	27
	D. Derechos constitucionales y derechos fundamentales	29
	E. Principio democrático: núcleo esencial de los derechos y juicio de proporcionalidad	31
	F. Constitución y principio de igualdad	34
	G. Constitución y principio de libertad	39
III.	La jurisdicción constitucional	42
	A. Constitución y órganos que administran justicia	42
	B. Control de constitucionalidad difuso	46
	C. Interpretación constitucional	47
	D. Valor de la jurisprudencia constitucional	53
IV.	Efectos de la constitucionalización de las garantías del proceso penal	56
	A. Aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales sobre el procedimiento	56
	B. Aplicación e interpretación del procedimiento de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos	57
	C. Acción de inexequibilidad para proteger las garantías constitucionales del proceso	62
	D. Acción de tutela para proteger las garantías constitucionales del proceso	63
	E. Excepción de inconstitucionalidad	68
V.	El proceso penal y el artículo 29 de la Constitución	69
	A. Principio de legalidad	70
	B. Juez natural	75
	C. Presunción de inocencia	78
	D. Favorabilidad	79
	E. Derecho a la defensa	82
	1. Derecho a la asistencia de un abogado	82
	2. Derecho a impugnar la sentencia condenatoria	84
	3. Derecho a un proceso público	88
	4. Derecho a presentar y controvertir pruebas	89
	F. Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas	93
	G. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (“non bis in idem”)	95
VI.	El proceso penal y los artículos 30 y 31 de la Constitución	97
	A. “Habeas corpus” (art. 30)	98

	B. “Reformatio in pejus” (art. 31 C. N.)	101
VII.	El proceso penal, la fiscalía y las jurisdicciones especiales	102
	A. Fiscalía General de la Nación	103
	B. Jurisdicción indígena	108
	C. Justicia penal militar	110
VIII.	Ejemplos de constitucionalización de algunas instituciones	117
	A. Investigación previa y resolución inhibitoria	117
	B. De la captura	118
	C. De las medidas de aseguramiento y libertad provisional	119
	D. Notificación de providencias, recursos ordinarios, consulta y trámite de segunda instancia	122
	E. De las nulidades	123
	F. De la unidad procesal	124
	G. Preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y calificación del sumario	125
	H. Terminación abreviada del proceso	126
IX.	Declaratoria de inexecutable y reincorporación al ordenamiento de normas derogadas	126
CAPÍTULO SEGUNDO		
INVESTIGACIÓN PREVIA Y RESOLUCIÓN INHIBITORIA		
133		
I.	Características de la investigación previa	135
	A. Controversia y publicidad de la prueba	135
	B. Legalidad de la prueba	136
	C. Conocimiento oportuno de la imputación	137
	D. Limitación material de la potestad investigativa	139
	E. Contingencia	141
	F. Las pruebas tienen eficacia propia	141
II.	Funcionarios competentes	142
	A. Características de la indagación	142
	1. Puede ser adelantada por cualquier autoridad	142
	2. La dirección funcional corresponde a la fiscalía	144
	3. La competencia deriva de la ley o de acto administrativo	145
	B. Indagación previa por el cuerpo técnico de policía judicial	145
	1. Valor probatorio de las diligencias	148
	2. Allanamientos practicados por la policía sin orden escrita de autoridad judicial competente. Valor de las pruebas recaudadas	149
	3. Captura administrativa	155
	4. Inexistencia de las pruebas practicadas por la policía judicial	157
III.	Resolución inhibitoria	158
	A. Naturaleza jurídica	159
	B. Funcionario competente para proferir resolución inhibitoria o su revocatoria	160
	1. Competencia para dictar resolución inhibitoria	160

2. Funcionario competente para revocar la resolución inhibitoria	161
C. Causales para proferir resolución inhibitoria	162
CAPÍTULO TERCERO	
LA CAPTURA	165
I. Generalidades	167
A. Motivos previamente definidos en la ley	168
B. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente	171
C. Cumplimiento de las formalidades legales	172
II. Captura anterior a cualquier diligencia investigativa	173
III. Captura durante la indagación previa	174
IV. Captura durante el proceso	176
A. Captura para tomar declaración indagatoria	176
1. Captura facultativa	178
2. Citación para indagatoria	178
3. La conducción	179
B. Presentación voluntaria para indagatoria	179
C. Captura del testigo contra quien surgen elementos de juicio, tomados de la versión jurada que en esa calidad rinde en el proceso, para vincularlo como sindicado	180
D. Captura después de indagatoria, para decretar detención preventiva	181
E. Otros casos de captura dentro del proceso	185
V. Captura después de sentencia condenatoria	185
VI. Revocatoria del subrogado de la ejecución condicional de la pena	186
A. Violación grave e injustificada de las obligaciones	186
B. Garantía del contradictorio	188
VII. Levantamiento del estado de captura y cancelación de las órdenes	190
A. Levantamiento del estado de captura	190
B. Cancelación de las órdenes de captura	192
VIII. Controles de legalidad sobre la aprehensión	193
A. El “habeas corpus”	194
1. Captura con violación de las garantías constitucionales o legales	194
2. Prolongación ilícita de la privación de libertad	195
B. La libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de la aprehensión	208
C. La libertad inmediata por no formalizarse la captura o detención dentro de los términos previstos en la ley	209
CAPÍTULO CUARTO	
DETENCIÓN PREVENTIVA	211
I. La situación jurídica	213
A. Concepto	213
B. Antecedentes legislativos	213

C.	Naturaleza de la providencia que resuelve la situación jurídica	214
D.	Términos para indagar y resolver la situación jurídica	215
ii.	La detención preventiva	216
A.	Concepto y principios que la rigen	217
B.	Funcionarios competentes	219
C.	Presupuestos formales	219
D.	Requisitos sustanciales	220
1.	Prueba de que la detención es necesaria, para garantizar la comparencia del imputado, evitar la continuación de la actividad delictual, o impedir que aquel obstruya la investigación	220
2.	Requisitos objetivos y subjetivos de responsabilidad	224
3.	Requisitos objetivos de procedencia (causales art. 357)	225
a.	El cuántum de la pena. Determinación de la pena mínima	225
b.	El bien jurídicamente tutelado	228
c.	Los antecedentes penales (causal 3ª art. 357 CPP)	229
iii.	Detención domiciliaria	229
A.	Requisitos	230
1.	Que la conducta punible por la que se procede tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo no exceda de cinco años	230
2.	Que el desempeño personal, laboral, familiar o social permita deducir, sera, fundada y motivadamente, que el sujeto agente no pondrá en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena	231
3.	Otorgamiento de caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones impuestas	233
4.	Para conceder la detención domiciliaria deben valorarse los fines de la pena	234
B.	Oportunidad para solicitar la detención domiciliaria	235
C.	Características de la detención domiciliaria	236
iv.	Efectos de la sentencia frente a la libertad del imputado	237
v.	Delitos conexos, tentativa, participación, circunstancias específicas de agravación y atenuación punitiva	242
vi.	Control de legalidad de la medida de aseguramiento –art. 392 C. P.–	243

## CAPÍTULO QUINTO

### LIBERTAD PROVISIONAL Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN

i.	Libertad provisional	249
A.	Noción jurídica de este derecho	249
B.	Presupuesto para conceder el derecho	250
C.	Naturaleza jurídica de la providencia que la concede	251
D.	Oportunidad para conceder la libertad provisional	251
E.	Causales de libertad provisional	253
1.	Libertad provisional por tener derecho a un subrogado penal	254
a.	Aspectos generales	254

b.	Análisis del aspecto subjetivo	255
c.	Análisis del aspecto objetivo	258
d.	Finalidad de la caución	258
2.	Libertad por pena cumplida	259
3.	Libertad por no calificación del sumario o no realización de audiencia pública	264
a.	Fundamentos constitucionales	265
b.	La exigencia de privación efectiva de la libertad	266
c.	Negligencia judicial en la realización de actuaciones y maniobras dilatorias	268
d.	Ausencia de auto calificadorio o de audiencia pública	271
e.	Innovaciones consagradas en las causales estudiadas	271
4.	Exceso en las causales eximentes de responsabilidad	272
5.	Reintegro e indemnización	273
6.	Restitución e indemnización en el delito de peculado	277
F.	Características de la libertad provisional obtenida en virtud de una causal de excarcelación	277
II.	Revocatoria de la medida de aseguramiento y detención por cambio de adecuación típica	278
III.	Revocatoria directa de las providencias en el proceso penal	280
A.	Características	280
IV.	Diferencias entre el recurso de reposición y la revocatoria	283
V.	Diferencias entre la revocatoria y la sustitución de providencias	284

## CAPÍTULO SEXTO

### NOTIFICACIÓN DE PROVIDENCIAS, RECURSOS

#### ORDINARIOS, CONSULTA Y TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

I.	Notificaciones en el proceso penal	289
A.	Clases de notificaciones	289
B.	La notificación como acto procesal reglado. Sus finalidades	293
C.	Momento en que se entiende surtida la notificación	296
D.	Presupuestos para que las notificaciones por edicto o por estado surtan plenos efectos	298
E.	Mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para la rectificación de una notificación anómala	298
II.	Recursos ordinarios	300
A.	Características del término de ejecutoria	300
B.	Reposición	303
C.	Apelación y trámite de la segunda instancia	305
D.	Interés jurídico para recurrir	315
E.	Competencia del superior	320
F.	La “reformatio in pejus”	322
G.	El superior puede decidir con base en pruebas que no se valoraron en la primera instancia	331

H.	Proferida la decisión del “ad quem” por regla general no es factible ningún pedimento	333
I.	Reposición en segunda instancia	335
J.	Notificaciones en segunda instancia	338
III.	Consulta de providencias en el proceso penal	340
A.	Providencias consultables	342
B.	Consulta de providencias que contienen decisiones no señaladas en el artículo 29 de la Ley 81 de 1993	342
C.	La consulta procede por ministerio de la ley, así se omite en la parte resolutive la orden de consultar la decisión	344
D.	Ejecutoria de las providencias que deciden sobre la consulta	346
CAPÍTULO SÉPTIMO		
DE LAS NULIDADES		
		347
I.	Principios que rigen la nulidad	349
A.	Principio de especificidad “pas de nullité sans texte”	349
B.	Principio de trascendencia “pas de nullité sans grief”	351
C.	Principio de protección “nemo auditur turpitudinem suam allegans”	354
D.	Principio de convalidación	356
E.	Principio de instrumentalidad de las formas (finalidad incumplida)	358
F.	Principio de la ejecutoria material	359
G.	Principio de la seguridad jurídica	360
H.	Principio de la naturaleza residual (medida extrema)	360
II.	Nulidad por incompetencia	362
A.	Nulidades en la etapa de instrucción	362
1.	Nulidad por violación del factor subjetivo. Fuero. Competencia originaria y delegada	363
2.	Nulidad por violación del factor objetivo. Naturaleza del hecho	369
a.	Iniciación del sumario por orden de autoridad de policía	370
b.	Incompetencia para calificar el mérito del sumario	371
3.	Nulidad por violación del factor funcional	371
a.	Apertura de investigación por jueces del conocimiento	372
b.	Violación a la distribución jerárquica de la competencia	372
c.	Comisionar para la práctica de pruebas dentro de la misma sede	373
d.	Violación del principio de la competencia retenida	374
e.	Violación a los efectos en que se concede un recurso	374
4.	Nulidad por violación al factor territorial	375
B.	Nulidades en la etapa del juzgamiento	375
1.	Violaciones al factor objetivo. Naturaleza del hecho	375
2.	Rompimiento de la conexidad	376
3.	Audiencia pública realizada por juez colegiado sin la presencia de todos los integrantes de la sala	377
III.	Nulidades por violación a las formas propias del juicio	379

A.	Irregularidades sustanciales en la resolución de acusación que generan nulidad por violación de las formas propias del juicio	384
1.	Falta de motivación	385
2.	Motivación anfibológica	388
a.	Indeterminación en la imputación del tipo objetivo	389
b.	Indeterminación en la imputación subjetiva (tipo subjetivo)	390
c.	Indeterminación sobre la forma de intervención en el hecho punible	394
d.	Indeterminación de los delitos conexos	396
3.	El principio lógico de no contradicción	401
4.	Errores relativos a la época de comisión del hecho punible	401
5.	Errores sobre la individualización del autor o partícipe	401
B.	Irregularidades en la resolución de acusación que “no” generan nulidad	403
IV.	Nulidad por violación del derecho de defensa	405
A.	Aspectos generales del derecho de defensa	407
B.	Nulidades originadas en la diligencia de indagatoria	420
C.	Nulidades por vinculación tardía del imputado al proceso	427
D.	Nulidad por omisión de práctica de pruebas	431
E.	Nulidad por violación al principio de la notificación personal de la acusación	436
F.	Nulidad por violación al principio de lealtad	438
G.	Nulidad por violación del principio de control	439
H.	El derecho a un apoderado de confianza	444
I.	El derecho a una respuesta oportuna y efectiva en la valoración de las peticiones y pruebas	446
V.	Nulidades constitucionales	447
A.	Violación del principio de favorabilidad	448
1.	Falta de aplicación de ley material más favorable	448
2.	Falta de aplicación de ley instrumental más favorable	449
B.	Violación del principio de legalidad de los delitos y de las penas	451
VI.	Aspectos generales de la nulidad	451
A.	Oportunidad para invocar nulidades	451
B.	Nulidades parciales	453
C.	La Corte como tribunal supremo de la legalidad del proceso	455
D.	Diferencias entre nulidades e inexistencias	456
E.	Interés para plantear nulidades	457
CAPÍTULO OCTAVO		
DE LA UNIDAD PROCESAL		459
1.	Definición. Excepciones al principio de la unidad procesal	461
A.	Investigación separada de delitos conexos	461
B.	Excepción por razón de la concurrencia de personas en el delito	463
C.	Excepción por razón de ciertas decisiones judiciales	466
D.	Consecuencias del rompimiento de la unidad procesal	468

II.	Investigación y fallo de delitos conexos	469
III.	Ruptura ilegal de la unidad procesal. Consecuencias	476
	A. Investigación y fallo por separado de delitos conexos	477
	B. Investigación y fallo conjunto de delitos no conexos	478
	C. Falta de vinculación al proceso de copartícipes conocidos	481
IV.	Errores sobre los extremos de la relación jurídico procesal	487
V.	Rompimiento de la conexidad	497
	A. Ruptura de la unidad procesal sin desaparecimiento de la conexidad	500
	B. Quién puede plantear la nulidad	501

## CAPÍTULO NOVENO

## PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, CESACIÓN

DE PROCEDIMIENTO Y CALIFICACIÓN DEL SUMARIO	503
---	-----

I.	Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento	505
	A. Preclusión extraordinaria de la investigación (art. 39 CPP)	505
	B. Preclusión de la investigación en el calificadorio	506
	C. Cesación de procedimiento	507
II.	Causales genéricas de preclusión de investigación y cesación de procedimiento	512
III.	Causales específicas de preclusión y cesación	514
	A. Desistimiento en los delitos querellables	515
	1. Oportunidad	515
	2. Requisitos de validez	515
	3. Decisión	516
	B. Indemnización integral	517
	1. Oportunidad	518
	2. Requisitos sustanciales	518
	3. Personas legitimadas para solicitar la extinción	519
	4. Extinción en caso de concursos	520
	5. Decisión	521
	C. Conciliación	522
	1. Oportunidad	523
	2. Quiénes pueden solicitar audiencia de conciliación	524
	3. Audiencia de conciliación	525
	4. Quiénes pueden concurrir a la audiencia	525
	5. Contenido del acuerdo	526
	6. Requisitos de validez del acta	527
	7. Consecuencias del acuerdo obtenido en el acta de conciliación	527
	8. Otros aspectos	529
	D. Semejanzas y diferencias entre conciliación e indemnización integral	530
	E. Diferencias entre indemnización integral por pago de perjuicios y desistimiento	531
	1. En cuanto a la oportunidad	531
	2. En cuanto a las restricciones	531

IV.	Preclusión de investigación y cesación de procedimiento en segunda instancia	531
V.	Calificación de la investigación	534
	A. Resolución de acusación	535
	1. Demostración de la ocurrencia del hecho	536
	2. Serios elementos de juicio que comprometan la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad	537
	3. Casos dudosos	537
	4. Notificación de la resolución de acusación	539
	B. Preclusión de la investigación	540
CAPÍTULO DÉCIMO		
ETAPA DE JUZGAMIENTO		
		543
I.	Control de legalidad y pruebas en el juicio	545
	A. Control de legalidad sobre la etapa de instrucción	545
	1. Nulidad por error en la denominación jurídica que afecta la competencia	546
	2. Fijación de competencia y cambio de adecuación típica	547
	B. Audiencia preparatoria	548
	C. Pruebas en el juicio	548
II.	Congruencia entre acusación y sentencia	550
	A. Sistemas para determinar la congruencia	552
	B. Criterio adoptado en el código. Un sistema mixto	553
	C. Tesis de la Corte Suprema de Justicia en material de congruencia. Interpretación del sistema vigente	556
	D. Errores en la acusación y modificaciones por prueba sobreviniente	559
	1. Nulidad de la acusación por error en la denominación jurídica del delito	559
	2. Proferir absolución por el delito acusado	563
	3. La calificación jurídica del hecho punible tiene carácter provisional y por consiguiente la denominación recibida en la acusación puede ser modificada en la etapa del juzgamiento	564
	E. Hipótesis de variación de la calificación jurídica	566
	1. Cambio de adecuación típica	567
	2. Formas de intervención en la conducta punible, o grado de ejecución de éste	568
	3. Concursos	568
	4. Imputabilidad	569
	5. Casos en que puede modificarse la acusación sin acto previo	570
	F. Inmutabilidad de la resolución de acusación	570
	G. Funcionarios competentes para modificar la calificación jurídica provisional de la acusación	571
	H. Requisitos, trámite y oportunidad para el cambio de adecuación típica	575
	I. Casos en que no es posible variar la calificación de los hechos	578

J. Efectos del cambio de adecuación típica con respecto a la prescripción	579
K. ¿Nulidad por omisiones graves en el ejercicio de la función de acusación?	581

CAPÍTULO UNDÉCIMO

TERMINACIÓN ABREVIADA DEL PROCESO	583
-----------------------------------	-----

I. Sentencia anticipada	585
A. Oportunidad	585
B. Requisitos sustanciales	588
C. Requisitos formales	590
D. Nulidad del acta	592
E. Personas que intervienen en el acuerdo	593
F. Improcedencia de recursos	593
G. Controles del juez	593
1. Violación de garantías sustanciales	593
2. Violación de garantías formales	595
3. Efectos del control	595
H. Congruencia entre la sentencia y el acta de acuerdo	596
I. Sentencia	596
J. Recursos	597
K. Características	598

ÍNDICE ONOMÁSTICO	599
-------------------	-----

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN	605
--	-----