

Bogotá, D.C., 15 de septiembre de 2015

Doctor
JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
Secretario General
Cámara de Representantes
La Ciudad

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme a los artículos 200, numeral 1, y 375 de la Constitución Política, se permite poner en consideración del Honorable Congreso de la República el siguiente Proyecto de Acto Legislativo *“Por el cual se modifican las normas relativas a la investigación, acusación y juzgamiento de los congresistas y altos servidores que gozan de fuero constitucional y se dictan otras disposiciones”*.

Se adjuntan a este documento el articulado del Proyecto y la exposición de motivos respectiva.

Atentamente,

YESID REYES ALVARADO
Ministro de Justicia y del Derecho

Proyecto de Acto Legislativo ____ de 2015

“Por el cual se modifican las normas relativas a la investigación, acusación y juzgamiento de los congresistas y altos servidores que gozan de fuero constitucional y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia,

DECRETA

Artículo 1. El artículo 186 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 186. Corresponderá al Fiscal General de la Nación, o a sus delegados, investigar y acusar ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá a los miembros del Congreso, por los delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones. En los eventos de flagrancia los congresistas deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición del juez que cumpla las funciones de control de garantías de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución.

En los juicios penales contra congresistas se garantizará la aplicación del principio de doble instancia. En tal virtud, contra las sentencias que profiera el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Corte Suprema de Justicia. Contra esta decisión únicamente procederá el recurso extraordinario de revisión.

Parágrafo: El fuero de los congresistas también cobijará las investigaciones que se adelanten por los hechos ocurridos con anterioridad a su investidura y se extenderá a las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas cuando hayan cesado en el ejercicio del cargo.

Artículo 2º. El artículo 234 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. La ley determinará el número impar de magistrados que la compongan, las salas en que se dividirá y, señalará los asuntos que le

corresponderá conocer a cada una de ellas, así como aquellos que deberán ser decididos por el pleno de la Corporación.

En todo caso, la ley garantizará la existencia de una sala dedicada exclusivamente a los asuntos de casación penal, revisión y extradición.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 235 de la Constitución Política, el cual quedará así:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que tratan los artículos 174 y 178-A.
3. Resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en los procesos de aforados constitucionales.
4. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.
5. Darse su propio reglamento.
6. Las demás atribuciones que señale la ley.

Artículo 4°. Adiciónense los siguientes incisos al numeral 1° del artículo 250 de la Constitución Política:

Cuando se adelante un proceso penal en contra de algún miembro del Congreso o alto servidor que goce de fuero constitucional de acuerdo con lo consagrado en los artículos 186 numeral 1 y 251 de la Constitución, el control de garantías podrá ser realizado por un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en asuntos penales con competencia en todo el territorio nacional. Las facultades de este

tribunal podrán ampliarse a las materias de control de garantías que establezca la ley y sus decisiones no tendrán recurso alguno.

Parágrafo. En caso de que la ley no cree el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en asuntos penales, una sala especial del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá deberá ejercer la función de control de garantías. Sus decisiones podrán ser apeladas ante una sala especial del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, salvo las excepciones previstas en la Constitución.

Artículo 5°. Modifíquese el numeral 1° del artículo 251 de la Constitución Política, el cual quedará así:

1. Investigar y acusar ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados, a los miembros del Congreso, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los delitos cometidos.

En estos casos, corresponderá a la Corte Suprema de Justicia conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá. El conocimiento de estos asuntos deberá sujetarse a los procedimientos del sistema penal acusatorio.

Parágrafo Primero: La investigación y acusación contra los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se realizará ante el Tribunal Superior de Distrito de Cundinamarca. Sus decisiones podrán ser apeladas ante la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la ley.

Parágrafo Segundo: Cuando los funcionarios mencionados en este numeral hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Artículo 6°. El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

YESID REYES ALVARADO
Ministro de Justicia y del Derecho

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. Introducción y explicación general del proyecto

Introducción

Este proyecto de Acto Legislativo busca garantizar la segunda instancia en los procesos penales en contra de los congresistas y otros aforados constitucionales, con la finalidad de propender por el respeto del debido proceso. De este modo, la modificación propuesta busca dar aplicación a la garantía dispuesta en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual contempla la doble instancia de las sentencias como una de las garantías fundamentales de los sindicados.

En este mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8º indica que todas las personas acusadas de algún delito tienen el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal. Así, como se expondrá a lo largo de este documento, el principio de doble instancia asegura el ejercicio del derecho a la defensa de los investigados. Precisamente por esta razón, esta iniciativa de reforma constitucional propende por el establecimiento de condiciones procesales que permitan a los aforados constitucionales, en el marco de las investigaciones penales, contradecir las sentencias en su contra.

Es importante mencionar que la Corte Constitucional ha manifestado que en los procesos penales la premisa de la doble instancia hace parte del debido proceso y configura un asunto central del derecho fundamental a la defensa. Puntualmente, el Alto Tribunal indicó que:

“La existencia de doble instancia en los procesos penales, integra el núcleo esencial del derecho al debido proceso penal y constituye un elemento central en la configuración constitucional del derecho fundamental a la defensa, en tanto que busca la protección de los derechos de quienes acuden al aparato estatal en busca de justicia, estableciéndose en una oportunidad adicional para controvertir el caso, claro está, dentro de un diseño que armonice el derecho de defensa con otros derechos e intereses de igual valor constitucional”¹.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-744 de 2005.

En este contexto, los aforados, como ciudadanos miembros de una sociedad democrática y respetuosa del Estado Social de Derecho, deben contar con plenas condiciones para ejercer su derecho a la defensa, así como para debatir las providencias judiciales que consideren irrespetuosas de la normatividad y de la jurisprudencia.

Igualmente, el proyecto implica un cambio en el modelo de juzgamiento de los procesos en contra de aforados constitucionales que en la actualidad se tramitan por medio de un sistema inquisitivo, para dar paso a un procedimiento más acorde con los principios constitucionales y legales del sistema penal acusatorio. Este cambio supone también la materialización de otras garantías constitucionales para los aforados en tanto se escindirían, además, las funciones de investigación de las de juzgamiento.

De igual forma, el juez de control de garantías tiene dentro de sus competencias la autorización de la práctica y conservación de los elementos probatorios, en razón a que “con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales”². Adicionalmente, el sistema acusatorio centra su atención en la oralidad, contradicción y el respeto de las prerrogativas constitucionales de los investigados. Si bien existen dos etapas procesales primordiales, la investigación y el juicio, esta última es la más importante en la medida en la que el juez entrará a valorar todas las pruebas recaudadas durante la etapa investigativa.

Por último, el proyecto también plantea algunas reformas que refuerzan las funciones de la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y por ende, se sugieren algunas modificaciones que permitirían avanzar en su descongestión.

Explicación general del proyecto

- 1. División de las funciones de investigación y juzgamiento para los congresistas y otros aforados constitucionales. La Investigación por parte del Fiscal General de la Nación de la nación o sus delegados**

² Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

La reforma constitucional planteada dispone que el Fiscal General, o sus delegados, realicen funciones de investigación y acusación en contra de los miembros del Congreso, el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, los Directores de los Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales y los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

La competencia de esta entidad judicial será por los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones por parte de los congresistas, las conductas acaecidas con anterioridad a su investidura y se ampliará a los acontecimientos que tengan relación con las prerrogativas desempeñadas cuando hayan cesado en el ejercicio del cargo. En relación con los otros funcionarios, el fuero se restringirá a los tipos penales efectuados en el desarrollo de sus actividades como titular del cargo y se mantendrá para los cometidos que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Las funciones de control de garantías, por su parte, se le asignan a unas salas especiales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Bogotá y Cundinamarca en primera y segunda instancia, respectivamente. En todo caso, el proyecto faculta al legislador para crear un tribunal nacional de garantías constitucionales para el proceso penal con competencia en todo el territorio nacional.

2. Cambios propuestos en el sistema de juzgamiento de los congresistas y otros aforados constitucionales

El proyecto de acto legislativo establece un nuevo modelo de juzgamiento para los aforados constitucionales señalados, en el cual se deben garantizar los principios de doble instancia. De este modo, en contra de esta providencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá procede el recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia. Contra esta última decisión solo podría interponerse el recurso de revisión.

Importa resaltar que en el sistema actual, de naturaleza inquisitivo, el ente investigador es la autoridad que determina la adecuación y constitucionalidad de

las actividades investigativas. En cambio, en el presente proyecto de reforma se plantea que los procesos en contra de los aforados también se caractericen por un juicio oral, público, concentrado que garantice el derecho de contradicción. Igualmente la iniciativa propone que las medidas restrictivas de las libertades de los aforados investigados sean objeto de control judicial de garantías y legalidad.

El proyecto de acto legislativo le asigna esta función, en primera instancia, al Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá y, en segunda, al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca. En el acápite III de este documento se expondrán en detalle las razones que justifican la asignación de estas competencias a dichos Tribunales.

3. Algunos ajustes necesarios a las funciones de la Corte Suprema de Justicia

La iniciativa de reforma constitucional incluye la incorporación de algunas modificaciones a las competencias de la Corte Suprema de Justicia referentes a los siguientes asuntos:

- i) El legislador determinará las salas en las que se dividirá el Alto Tribunal y los temas que le corresponden a cada una de ellas. Sin embargo, la modificación propuesta indica que debe existir una sala exclusiva para asuntos relacionados con la casación penal, revisión y extradición.
- ii) La Corte Suprema conocerá en segunda instancia las apelaciones en contra de las decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en los procesos de aforados constitucionales. Y de la apelación de las decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en aquellos procesos fallados contra magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.
- iii) Las sentencias emitidas por esta Alta Corte no podrán ser impugnadas por lo tanto, no procederá contra ellas recurso alguno, salvo el extraordinario de revisión.

II. Marco normativo vigente

En atención a que el presente proyecto de acto legislativo propone la modificación del modelo de investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara, así como de los funcionarios señalados en el artículo 235.4 de la Constitución, se impone la necesidad de hacer una descripción del marco normativo que rige actualmente en lo relativo al procedimiento de enjuiciamiento de estos altos funcionarios del Estado, así como una breve reseña de los principales pronunciamientos jurisprudenciales que lo interpretan y lo definen en su aplicación y alcance.

Para ello, en primer lugar, i) se mencionarán los principales elementos normativos del fuero de los Congresistas de la República y, seguidamente, ii) se abordarán los principales componentes del fuero del que están revestidos los funcionarios de los que trata el artículo 235.4 constitucional.

A. Fuero penal de congresistas

Concretamente, los artículos 186³ y 235.3⁴ de la Carta Política demarcan el alcance del fuero penal de los congresistas o, lo que es lo mismo, definen el sistema especial de juzgamiento de estos funcionarios. En virtud de estas normas, se le asigna a la Corte Suprema de Justicia la función de *investigar y juzgar* en única instancia los delitos que pudieran haber cometido los miembros del Congreso. Asimismo, se señala que aquélla será la única autoridad competente para ordenar su detención.

1. Competencia de investigación y juzgamiento de Congresistas: Sala de Casación Penal

Además de las normas de rango constitucional, el régimen de juzgamiento de los congresistas lo integran también otras disposiciones de rango inferior. Así por ejemplo, la Ley 600 de 2000⁵ dispone que será la Sala de Casación Penal de la

³ **Artículo 186.** De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

⁴ **Artículo 235.** Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

⁵ **Artículo 75.** De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce: (...) 7. De la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara.

Corte Suprema de Justicia quien se encargue de instruir y juzgar a los Senadores y Representantes a la Cámara. La Corte Constitucional ha estudiado en varias ocasiones si es admisible que el legislador le asignara a esta sala y no a la Corte Suprema en pleno el juzgamiento de estos aforados constitucionales, frente a lo cual ha concluido que es válido esa asignación vía legal⁶.

2. *Ámbito temporal del fuero penal de los Congresistas*

Sobre el *ámbito temporal del fuero*, el párrafo del artículo 235 Superior señala que, una vez la persona cese en el ejercicio de su cargo como legislador, dicha prerrogativa de juzgamiento sólo se mantiene frente a las conductas punibles que guarden relación con las funciones desempeñadas como congresista. Según la Corte, esta disposición diferencia entre dos supuestos: “mientras una persona sea congresista, será investigada por la Corte Suprema por cualquier delito; sin embargo, si la persona ha cesado en su cargo, entonces sólo será juzgada por esa alta corporación judicial si se trata de delitos relacionados con el cargo”⁷.

Algunas decisiones judiciales también han aclarado que, mientras que la persona detente su investidura como Congresista, el fuero también aplica para la investigación y juzgamiento de hechos ocurridos antes de la posesión del cargo. Es decir, en virtud del fuero especial, se le otorga a la Sala de Casación Penal la competencia privativa de enjuiciamiento de los Congresistas i) por cualquier delito y ii) sin distingo de la fecha de su comisión o inicio de la investigación. Lo anterior, se reitera, mientras se ostente dicha investidura.

3. *La Ley 600 de 2000 sigue siendo la norma procesal para los procesos contra congresistas*

Como se deriva de lo anterior, la Ley 600 de 2000 constituye el cuerpo normativo procesal que gobierna los procedimientos de juzgamiento que se llevan a cabo en

Cuando los funcionarios a los que se refieren los numerales 6 y 7 anteriores hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

⁶ Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-934 de 2006 M.P: Manuel José Cepeda, y Sentencia C-561 de 1996 M.P: Alejandro Martínez Caballero

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999 M.P: Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero

contra de los Congresistas. A pesar de la instauración en Colombia del sistema penal acusatorio, a través de la aprobación del Acto Legislativo 3 de 2002 y de la expedición en 2004 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04), el artículo 533 de este último establece que los casos en los que se estudie la responsabilidad penal de los congresistas se seguirán rigiendo por los cauces procesales previstos en la Ley 600 de 2000 (art. 533 Ley 906/04).

Vale decir que la exclusión del ámbito de aplicación del nuevo estatuto procesal penal frente a los hechos delictivos que involucren a miembros del Congreso fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-545 de 2008. En dicha oportunidad, el alto tribunal se preguntó si constituía o no una violación al principio de igualdad la consagración de un trámite de investigación y juzgamiento penal para los congresistas, distinto al estipulado en la Ley 906/04. Y a la conclusión a la que arribó es que no existía vulneración de dicho derecho toda vez que el tratamiento diferencial previsto en aquel supuesto se justificaba en la medida en que la situación de los Senadores y Representantes a la Cámara era fáctica y jurídicamente diferente frente al resto de los ciudadanos⁸.

Con todo, la Corte estimó que, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia actual en materia del debido proceso y sus garantías derivadas, era preciso escindir las funciones de investigación de aquellas que conciernen propiamente al juzgamiento⁹. Esto, con el fin de avanzar cada vez más en la expansión de la garantía de imparcialidad del juez natural, lo que implica evitar la asignación de la competencia del juicio a un operador judicial que ya tiene una concepción construida respecto de la posible responsabilidad del procesado, en tanto fue el quien lo investigo¹⁰.

A juicio de la Corte, esta posible contaminación del libre juicio de la autoridad judicial se corrige “con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél”¹¹.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008.

En esa medida, y aunque la competencia en materia de investigación y juzgamiento de los congresistas reside integralmente en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, no resulta incompatible con la Carta Política que la Ley 600 conserve vigencia para estos procesos penales, es necesario en todo caso – según el tribunal constitucional– que el legislador adopte las medidas necesarias para demarcar claramente la frontera entre la investigación y los confines propios del juzgamiento¹².

Específicamente, en la ya citada sentencia C-545 de 2008 la Corte manifestó sobre este asunto lo siguiente:

“Así, esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar”¹³.

En razón de lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del aparte pertinente del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que el legislador separe “las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso”¹⁴.

4. La Corte Suprema de Justicia ha intentado asegurar una escisión entre las funciones de investigación y juzgamiento

A pesar del exhorto hecho al Congreso para que legislara sobre este asunto, al día de hoy no se cuenta con un cuerpo normativo de orden legal que acometa dicha tarea. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de alguna manera, dentro de sus posibilidades reglamentarias –esto es, en ejercicio de la potestad que le confiere la Constitución de dictar su propio reglamento (art. 235.6 C.P)–, ha tratado de suplir la mora legislativa sobre el particular. A través del Acuerdo 001 de 2009 –por medio del cual se modificó el Reglamento General de dicha corporación–, la Corte estableció un modelo interno con el fin de asegurar una

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 .

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla

relativa escisión entre las funciones de instrucción y juzgamiento en los procesos que involucren a miembros del Congreso.

Para tal fin, creó una especie de sistema aleatorio de reparto de las funciones de instrucción y juzgamiento dentro de los magistrados de la Sala de Casación Penal. Así, para el estudio de cada caso particular, se escogen aleatoriamente tres magistrados que fungirán como los instructores de la causa, mientras que los restantes seis ejercerán las funciones del juzgamiento¹⁵. De esa manera, existe el intento de asegurar que aquellos magistrados que han intervenido en la fase de instrucción de un determinado asunto, no actúen como falladores en la respectiva causa penal.

5. Los procesos penales contra Congresistas se adelantan por la Corte Suprema de Justicia en única instancia

Otra de las características principales del fuero de los congresistas, de acuerdo al sistema actual, es la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia para efectuar tanto la investigación como el juzgamiento en única instancia. Ello se desprende del artículo 32.7 de la Ley 906 de 2004 –entre otras disposiciones normativas–:

“Artículo 32. De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

(...)

7. De la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara”.

¹⁵Acuerdo No. 001 de 2009: “Artículo 55. Las investigaciones en materia criminal, que en virtud de las atribuciones constitucionales o legales deba adelantar en única instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, serán repartidas a los tres Magistrados que conforme a las directrices fijadas por esa Sala, se encuentren en turno para tal efecto. La Sala establecerá los criterios para determinar cuál de ellos actuará como acusador.

La función de juzgamiento será cumplida en cada caso por los seis Magistrados restantes, de presentarse un empate respecto de un proyecto de decisión se sorteará un conjuer.

Artículo 58. Presentada la notitia criminis y establecida la competencia, se someterá a reparto entre los mencionados Magistrados de Instrucción, estando a cargo de aquellos a los cuales les corresponda el asunto, el adelantamiento integral de la fase de investigación, así como la calificación del sumario.

Artículo 57. Las funciones de juzgamiento serán cumplidas por los seis (6) magistrados restantes y sus decisiones se adoptarán por mayoría de votos.

Parágrafo. Los magistrados instructores quedarán impedidos para actuar como falladores en la fase de juzgamiento, debiendo atender en esta segunda etapa alguno de aquellos la labor que compete al acusador”.

Si bien en la redacción del artículo no se emplea la expresión “única instancia”, al ser la Corte Suprema de Justicia el tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, se colige de ello que las decisiones que tome esta alta corporación no son sujetas de apelación.

La compatibilidad de esta disposición con la Carta Política ha sido estudiada por la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades¹⁶. A este respecto, el Alto Tribunal ha señalado que si bien existe un vínculo estrecho entre la doble instancia y el debido proceso, el legislador está habilitado para establecer –dentro de su potestad de configuración normativa– excepciones al principio de la doble instancia, siempre y cuando estas no sean discriminatorias¹⁷.

Con todo, la Corte también ha reconocido que el Congreso de la República, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, está habilitado para instituir la figura de la doble instancia en los procesos penales contra los miembros del Congreso¹⁸.

6. El fuero tiene la función de servir de garantía de independencia del Congreso de la República

Esta competencia privativa en cabeza de la máxima autoridad de la justicia ordinaria (art. 234 C.P) para conocer de los hechos que pudieran comprometer la responsabilidad penal de los legisladores fue concebida por el Constituyente de 1991 como una garantía institucional destinada a asegurar la independencia y autonomía del Congreso de la República para llevar a cabo sus funciones¹⁹. Fue

¹⁶ Al respecto ver por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-142 de 1993, M.P: Jorge Arango Mejía, C-561 de 1996, M.P: Alejandro Martínez Caballero, C-6934 de 2006 M.P: Manuel José Cepeda

¹⁷ Al respecto ver por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 2002 M.P: Eduardo Montealegre

¹⁸ Por ejemplo: en la sentencia C-411 de 1997 (M.P: José Gregorio Hernández Galindo), la Corte señaló lo siguiente: “Ahora bien, si lo que busca el impugnante es que allí donde la norma acusada contempla como de única instancia los procesos que se adelantan contra los congresistas esta Corporación introduzca la doble instancia, dando así posibilidad de apelar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esa clase de procesos, su pretensión está llamada al fracaso, por cuanto la función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (artículos 31 y 150-2 C.P.)”.

¹⁹ Al respecto, ver entre otras: Corte Constitucional, Sentencias C-222 de 1996, C-545 de 2008, SU-712 de 2013

instituida como una salvaguarda y con una “finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República”²⁰.

El Constituyente del 91 parece haber ponderado entre el interés público que existe en salvaguardar la independencia, autonomía y el funcionamiento ordenado de la rama legislativa del poder público, por un lado, y el principio general imperante en materia de investigación y juzgamiento de los ciudadanos, por el otro, y haber arribado a la conclusión de que, en atención a la importancia de las funciones y responsabilidades que tienen asignados estos altos funcionarios del Estado, y a la necesidad imperiosa de asegurar la independencia y el discurrir normal del desempeño de sus tareas, se justificaba instaurar frente a estos un procedimiento especialísimo para su investigación y juzgamiento. En palabras de la Corte Constitucional:

“Dicho fuero especial no implica el sometimiento a jueces y tribunales especiales, esto es, distintos de los ordinarios, en aquellos casos en que sean objeto de investigaciones y eventualmente acusaciones, determinados funcionarios del Estado, sino el cumplimiento de un trámite procesal especial de definición de la procedencia subjetiva y en concreto del juicio penal; ello precisamente para lograr la realización de los objetivos propios y esenciales del Estado Social de Derecho, el cual, si bien, tal como lo ha dicho esta Corporación ‘... configura un Gobierno de leyes por encima de las personas’, garantiza también de forma paralela la integridad y salvaguarda de sus instituciones y la seguridad de las personas que las representan, pues sólo así es posible mantener el equilibrio en el ejercicio del poder.

La razón de ser del fuero especial es la de servir de garantía de la independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado a los que sirven los funcionarios vinculados por el fuero. Ante todo se busca evitar que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la nación”²¹.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1320 de 2001

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-22 de 1996. M.P: Fabio Morón Díaz. Reiterado, entre otras, en: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla

Según la Corte Constitucional, el hecho de que el “órgano situado en la cúspide del poder judicial”²², sea el órgano de cierre de los procesos contra los aforados permite repeler de una mejor manera las eventuales presiones o injerencias en la determinación de la responsabilidad penal de servidores cuyas funciones constitucionales revisten un interés público especial²³.

7. Fuero de altos dignatarios del Estado listado en el artículo 235.4 de la Constitución

El artículo 235.4 de la Constitución le asigna a la Corte Suprema de Justicia la función de “juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen”.

En esa medida, se encuentra aquí otra tipología de fuero penal de raigambre constitucional, el cual está compuesto por dos elementos estructurantes. De una parte, una competencia privativa en materia de investigación y acusación asignada al Fiscal o Vicefiscal General de la Nación, o a los delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia. De otra parte, una asignación de competencia en materia de juzgamiento al máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Se trata también de un proceso que se adelanta en una única instancia.

Aunque la jurisprudencia es mucho menos prolífica en cuanto a la caracterización de este tipo de fuero penal, es posible extrapolar algunas consideraciones generales frente a la justicia foral, y predicarlas también frente a este modelo especial de juzgamiento. Por ejemplo, es claro que en este caso la instauración de la prerrogativa del fuero también busca cumplir una finalidad protectora de las

²² Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008. Citado de Cfr. Obregón García, Antonio, “La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española”, ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 56 y 57.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008

instituciones a las cuales se encuentran vinculadas los titulares del fuero. En esa medida, se reputa como una garantía institucional.

Situar el juzgamiento de estos servidores en órganos colegiados de alta jerarquía al interior de la jurisdicción ordinaria busca servir de garantía de independencia y autonomía de las instituciones públicas a las que sirven los aforados descritos en el artículo 235.4 Superior.

8. En los procesos penales que involucren a los funcionarios señalados en el artículo 235.4 de la Constitución se les aplica la Ley 906 de 2004

A diferencia de lo que sucede con los procesos penales que se llevan a instancias de la Corte Suprema de Justicia, y que involucran a Senadores y Representantes a la Cámara, las investigaciones y eventuales juicios en contra de los funcionarios aforados de los que trata el artículo 235.4 de la Constitución, se adelantan conforme a las reglas y procedimiento establecidos en la Ley 906 de 2004.

Comoquiera que la función acusatoria se le asigna –desde la misma Constitución– a la Fiscalía General de la Nación, y no a la Corte Suprema de Justicia –como en el caso de los congresistas–, el legislador decidió incluir dentro de la órbita normativa del sistema penal acusatorio, aquellos procesos en los que se discutan la responsabilidad criminal de estos aforados constitucionales.

a) Alcance temporal del fuero de los funcionarios señalados en el artículo 235.4 de la Constitución

En lo que atañe al alcance temporal de este fuero, cabe decir que éste está formulado en los mismos términos que el de los congresistas. De hecho, la fuente normativa es la misma en los dos casos: el parágrafo del artículo 235 de la Constitución. En esa medida, el fuero de los estos funcionarios es integral mientras permanecen en el cargo, pero una vez han cesado en el ejercicio de éste, las prerrogativas especiales en materia de investigación y juzgamiento sólo se conservan frente a las conductas punibles que guarden relación con las funciones desempeñadas.

III. Justificación de las reformas propuestas

A. Reformas encaminadas a asegurar la investigación efectiva de las conductas punibles cometidas por los aforados y las garantías de fundamentales de los procesados

1. El cambio necesario del sistema inquisitivo por un sistema penal acusatorio

Como se indicó en el acápite anterior, los juicios que se adelantan contra los congresistas se siguen bajo el procedimiento penal anterior –Ley 600 de 2000, toda vez que el nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004 no reglamentó esta materia. Por esta razón, puede afirmarse que dentro del ordenamiento penal colombiano están vigentes dos procedimientos penales totalmente diferentes, uno de corte inquisitivo y otro de naturaleza acusatoria²⁴.

Así, mientras el proceso penal acusatorio se caracteriza porque quien ejerce como fiscal no tiene ninguna función judicial respecto a medidas que puedan vulnerar los derechos fundamentales del investigado o imputado y, el centro del proceso está en la etapa del juicio, caracterizada por la oralidad, publicidad y concentración. Dentro del sistema procedimental anterior, y que rige las investigaciones adelantadas contra las personas que gozan de fuero, los fiscales cumplían tanto funciones investigativas como de juzgamiento. Con la particularidad que el centro de gravedad de dicho procedimiento estaba en la etapa investigativa, ya que durante esta fase se practicaban y valoraban los elementos probatorios recaudados y que posteriormente serían llevados a juicio²⁵.

Lo anterior, permite advertir el cambio positivo que representó para el ordenamiento constitucional colombiano el hecho de que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado estén sujetas a control por parte de una autoridad judicial independiente y quien deberá garantizar que la investigación adelantada respete los derechos fundamentales consagrados en la Constitución

²⁴La Corte Constitucional encontró ajustada la Constitución el artículo 533 de la Ley 906 según el cual los procesos penales de los congresistas se adelantarán bajo los presupuestos del anterior Código de Procedimiento Penal. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2003, M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

Política. No obstante, el actual diseño de investigación y juzgamiento para los aforados constitucionales no cuenta con las mismas garantías. En ese sentido, es clara la necesidad de avanzar en la creación de un sistema judicial constitucional de aforados que también garantice la efectividad de los derechos fundamentales en todas las etapas de los procesos penales que se sigan en su contra, de acuerdo con nuestra Carta Política.

En consideración a esto, es necesario, de un lado, pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y, de asignar la competencia específica a determinado órgano judicial las funciones de control de garantías para estos casos, sino que también cuente con las facultades necesarias para asegurar la unificación de la jurisprudencia en esta materia. A continuación se explicarán las razones que permiten llegar a esta conclusión. Para ello se expondrán los siguientes puntos. Primero, se hará una breve referencia a (a) las particularidades y diferencias entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio, luego, (b) a las medidas que puede adoptar el ente investigador durante la etapa investigativa. Finalmente, (c) se mostrarán los argumentos constitucionales que justifican el sometimiento de las actividades investigativas en los procesos contra aforados a un control judicial de garantías.

a) Particularidades y diferencias entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio

i. Particularidades del proceso penal inquisitivo

El modelo mixto de tendencia inquisitiva, inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, se caracterizó, principalmente, porque bajo este sistema procedimental la Fiscalía General de la Nación, o quien hacía sus veces dentro de las investigaciones penales adelantadas en contra de los aforados constitucionales, cumplía funciones de investigación, acusación y jurisdiccionales.

Así, durante la etapa de investigación la Fiscalía podía utilizar de manera ilimitada de todos los medios que disponía el Estado para el esclarecimiento de los hechos objeto de análisis, sin que dichas acciones estuvieran sujetas a algún control judicial independiente. Ya que era él mismo fiscal quien determinaba la constitucionalidad de las medidas adoptadas durante las investigaciones. De

hecho, el sistema penal de corte inquisitivo privilegió la etapa investigativa sobre el juicio, en la medida que durante la primera fase del proceso penal el fiscal no solo practicaba las pruebas, sino que también las valoraba²⁶.

A pesar de ello, la Corte Constitucional consideró que durante la primera etapa del proceso penal, calificada como “especial y básica de la instrucción y del juicio”²⁷, la persona investigada tenía el derecho a controvertir las pruebas recaudadas por la Fiscalía²⁸, dado que los contenidos de la Constitución Política, especialmente, el derecho al debido proceso, llevaba a que el sindicado o imputado contara con herramientas suficientes para controvertir del poder punitivo del Estado.

Gracias al anterior reconocimiento el procedimiento penal fijado originalmente en la Constitución de 1991 adoptó un matiz importante a favor de las personas investigadas y exigió la garantía de los valores, principios y derechos consagrados en la Carta, sobre todo, durante la etapa de instrucción en la medida que:

“(…) en dicha etapa intervienen quienes ejercen funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía y el Ministerio Público, y aunque no existe en verdad la figura jurídica del **sindicado**, para la que la Constitución prevé un conjunto de reglas garantizadoras de los especiales derechos fundamentales, propias del Debido Proceso Penal, que lo rodean de una gama de instrumentos protectores suficientemente amplia que no puede ser desconocida por la Ley, **dentro de los cuales se encuentra el de la controversia de la prueba, también es cierto que toda persona, incluso el imputado, tiene derecho a su defensa.** Esta comporta el derecho de controvertir las pruebas que se vayan acumulando contra el imputado, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el derecho de defensa es también indisponible y fundamental. Este principio rector no puede ser objeto de regulaciones que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁷ “Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en **toda** actuación judicial.” Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁸ Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa.”²⁹. (Negrillas fuera del texto original)

El sistema penal anterior fue calificado como “mixto” como consecuencia de que las personas investigadas o acusadas contaban con herramientas para controvertir los elementos probatorios recaudados por el fiscal del caso³⁰. En otras palabras, el sindicado o imputado tuvo manera para controvertir el valor, contenido y los elementos recaudados por la Fiscalía durante la etapa investigativa. Para la jurisprudencia constitucional dicho reconocimiento significó:

“Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

En todo caso, pese a las garantías introducidas por la jurisprudencia constitucional en favor de los investigados, y el hecho de que se advirtiera la necesidad de que estos pudieran controvertir las pruebas recaudadas por el fiscal, el sistema judicial no contaba con la existencia de un control judicial efectivo que salvaguardara los derechos fundamentales de los investigados o imputados. Dado que, como arriba se advirtió, era el mismo fiscal quien, en virtud de sus funciones jurisdiccionales, se encargaba de efectuar el examen de constitucionalidad de las medidas impartidas.

ii. Particularidades del proceso penal acusatorio

El nuevo proceso penal de naturaleza acusatoria fue introducido en el ordenamiento constitucional mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2002 y tuvo como principal propósito fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El principal cambio constitucional consistió en eliminar las funciones judiciales que desempeñaban los fiscales, con el fin de centrar sus esfuerzos en la

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁰ “Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas.” Corte Constitucional, C-150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

búsqueda de elementos probatorios que demostraran la responsabilidad del acusado y permitieran el éxito del juicio penal.

De acuerdo con la exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 03 de 2002 puede resaltarse lo siguiente:

“...la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación... se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función.

Asimismo, la asignación de tareas netamente investigativas y de acusación a la Fiscalía General de la Nación respondió a las exigencias de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y según los cuales, el procedimiento penal debía asegurar la intervención activa del acusado, así como que los actos investigativos adelantados por los fiscales del caso estuvieran sujetos a un control judicial independiente³¹.

iii. Respeto de las garantías constitucionales de los investigados dentro de un proceso penal. La designación necesaria de un juez de control de garantías constitucionales al interior del proceso penal

³¹ “Los temas originales y centrales de la reforma tienen que ver con el cambio de funciones de la Fiscalía General de la Nación... El proyecto propone el ajuste del juzgamiento penal a los cánones internacionales de derechos humanos, a los cuales Colombia se ha comprometido a través de la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales que a ellos obligan, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Igualmente, la adopción del sistema que se pretende acoger con esta reforma, que es un proceso de partes, controversial o contradictorio, simplemente aspira a colocarse al nivel de los estándares internacionales, toda vez que ha sido adoptado por la Corte Penal Internacional, recientemente acogido por nuestro país”. Ver: Exposición de Motivos, Proyecto de Acto Legislativo. Gaceta del Congreso. Abril 26 de 2002.

El hecho de que la Fiscalía asuma de manera exclusiva las funciones de investigación, mientras que aquellas medidas que impliquen restricción de los derechos constitucionales serán objeto de control por una autoridad judicial independiente, la cual deberá evaluar su concordancia con el ordenamiento superior, permite la garantía de los derechos de los investigados penales en la medida que:

“(…) A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva, en el que la Fiscalía cumplía al mismo tiempo la función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, “guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales”³².

Así las cosas, todas las medidas solicitadas por el fiscal y que afecten los derechos fundamentales de las personas, no solamente respecto a la comparecencia de las personas, sino de la práctica y conservación de los elementos probatorios, deberán ser autorizadas por el juez de control de garantías en razón a que “con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales”³³.

El procedimiento penal va a caracterizarse entonces por su oralidad, contradicción y el respeto de todas las garantías constitucionales de los implicados. Y si bien cuenta con dos etapas procesales importantes: una investigativa y otra de juicio, su atención va a estar en esta última toda vez que durante esta fase procesal se valorarán todas las pruebas recaudadas durante la etapa de investigación. De acuerdo con la Corte Constitucional bajo el sistema penal acusatorio el papel del fiscal consiste, principalmente, en:

³² Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

“(…) una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de *inmediación judicial* y *contradicción de la prueba*, (ii) se aplicará el principio de *concentración*, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado”³⁴.

En ese orden de ideas es notoria la necesidad que existe a la hora de adecuar el ordenamiento jurídico nacional para que aquellas personas que de acuerdo con la Constitución Política tienen por sus funciones y deberes un juez especial cuenten con la posibilidad de un juez de control de garantías que evalúe con total independencia e imparcialidad las decisiones adoptadas durante la etapa de investigación penal.

iv. Diferencias profundas entre los dos sistemas de persecución penal

No hay duda de las hondas diferencias que existen entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio incorporado dentro del ordenamiento constitucional en el año 2003, especialmente, en materia de garantías y derechos fundamentales.

Ya que mientras el sistema penal acusatorio se caracteriza por ser un juicio oral, público concentrado y contradictorio³⁵, así como porque todas las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado están sujetas al control de una autoridad judicial independiente o Juez de Control de Garantías, el sistema penal inquisitivo al otorgarle funciones jurisdiccionales a los fiscales llevan a que el fiscal pueda evaluar las pruebas recaudadas durante la etapa de investigación, puede así mismo determinar la adecuación y constitucionalidad de las actividades investigativas.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2000.

Por otra parte, el proceso penal de corte acusatorio contempló que la etapa de investigación esté al servicio del juicio penal y por ello, fortaleció a la Fiscalía como un organismo de investigación y acusación. A diferencia del proceso penal mixto que privilegió la etapa de investigación sobre el juicio, en razón a que durante esta etapa se practican y se valoran las pruebas que obrarán dentro del proceso penal³⁶.

Lo anterior demuestra las hondas carencias que existen dentro del proceso penal de carácter mixto debido a que realmente no distingue entre las funciones de investigación y juzgamiento llevadas a cabo por la Fiscalía o quienes haga sus veces. Además centra su atención en la etapa investigativa y, lo que resulta más reprochable, no contempla herramientas jurídicas para que aquellas medidas restrictivas de los derechos fundamentales y adoptadas por los fiscales del caso estén sujetas al control de una autoridad judicial independiente.

2. La investigación de ciertos aforados constitucionales por parte del Fiscal General de la Nación o sus delegados permite la separación de funciones de investigación y juzgamiento en los procesos penales que se sigan contra ellos

Como se expuso en la explicación general del proyecto de acto legislativo, esta iniciativa tiene por objeto –de una parte– escindir completamente las funciones de investigación y juzgamiento en los procesos que involucren a aforados constitucionales. Lo anterior con la asignación al Fiscal General de la Nación –o a sus delegados– del ejercicio de la acción penal en contra de estos altos funcionarios del Estado, y con el establecimiento de funciones de juzgamiento al Tribunal Superior de Bogotá –en primer instancia– y a la Corte Suprema de Justicia –en sede de apelación.

Como bien se detalló en la descripción del marco normativo vigente, existe actualmente a nivel internacional una tendencia a maximizar el valor normativo de la garantía del *juez imparcial* en los asuntos penales. La imparcialidad del fallador es vista hoy en día como una salvaguarda procesal capaz de asegurar la

³⁶ De acuerdo con la naturaleza del proceso inquisitivo la etapa de investigación es fundamental para lograr el éxito del caso puesto que durante esta fase “se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo”.

justicia material en la decisión judicial, y de evitar que esta se vea condicionada por sesgos en contra –o a favor– de una de las partes en contienda, o influida por consideraciones extrajurídicas.

Tal como explicó la Corte Constitucional en la sentencia C–545 de 2008 (M.P: Nilson Pinilla Pinilla) dentro del desarrollo doctrinal de esta garantía derivada del debido proceso, las cortes internacionales han distinguido entre dos clases de imparcialidad que se deben asegurar en el proceso judicial. De una parte, se han referido a la *imparcialidad subjetiva* entendida como la exigencia de que el juez únicamente considere “asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo o indirecto”³⁷. Es lo que el profesor Owen Fiss ha denominado como la obligación de *desvinculación con las partes* en el proceso judicial, según la cual se “requiere que el juez sea independiente de las partes en litigio, ya sea sin estar relacionado con ellas, o bien sin estar de ninguna forma bajo su control o influencia”³⁸. En esa medida, las causales de impedimento y de recusación del operador judicial son ejemplos de herramientas destinadas a asegurar la imparcialidad del juez en sentido subjetivo³⁹.

Vale decir que el entendimiento clásico de la garantía de imparcialidad ha estado asociado a esta concepción, esto es, a la idea de que las normas procesales deben asegurar que el juez esté desvinculado de los involucrados en el proceso. Como bien lo ha explicado la Corte Constitucional, “En el universo jurídico y político se ha considerado tradicionalmente que la imparcialidad está suficientemente garantizada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”⁴⁰.

³⁷ Citado de, Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC) de 11 de enero 17 de 2000.

³⁸ Fiss, Owen. El grado adecuado de independencia. Revista Derecho y Humanidades No. 5 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 1997. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-02-01.pdf>

³⁹ Lalinde Ordóñez, Sebastián. Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la rama judicial y la mejor fórmula de selección de magistrados de altas cortes. Dejusticia. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.684.pdf

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

Sin embargo, recientemente, el concepto de imparcialidad ha transitado hacia una acepción objetiva⁴¹. Según ésta, no basta con constatar que el fallador no tenga ninguna clase de vínculo con las partes en contienda. Adicional a lo anterior, es preciso asegurar, según el Tribunal Constitucional Español –citado por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada– que los jueces no hayan “tenido contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”⁴².

Dentro de ese contexto, la concurrencia de las funciones investigativas y de juzgamiento en cabeza de un mismo operador judicial, es vista por la doctrina constitucional contemporánea, y por la jurisprudencia nacional⁴³ e internacional⁴⁴, como un claro obstáculo para la vigencia del principio de imparcialidad en sentido objetivo. Por ejemplo, en el caso De Cubber vs. Bélgica, la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁵ estimó que la presencia en el tribunal de juzgamiento de una persona que previamente había oficiado como juez instructor, afectaba la garantía de imparcialidad, y constituía una violación al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶.

Se suele entender que el contacto previo con los hechos y con el material probatorio, puede afectar la libre formación de la convicción por parte del fallador. Esto ha sido explicado de manera muy clara por el Tribunal Constitucional Español –citado por su par colombiano en la sentencia C–545 de 2008:

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC) de 11 de enero 17 de 2000. Citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla

⁴⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso De Cubber vs. Bélgica. Sentencia del 26 de Octubre de 1984. Consideraciones 29 y 30. Disponible en [inglés]: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465#{"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465#{)

⁴⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, caso De Cubber vs. Bélgica. Sentencia del 26 de Octubre de 1984. Consideraciones 29 y 30. Disponible en [inglés]: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465#{"itemid":\["001-57465"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465#{)

⁴⁶ Artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

“[O]curre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar”⁴⁷.

En esa medida, la escisión absoluta entre las funciones de investigación y juzgamiento que se propone acometer mediante esta iniciativa para el caso de los aforados constitucionales, se erige hoy en día como la mejor fórmula posible para satisfacer materialmente la garantía de imparcialidad del juez. Los sistemas procesales de tendencia acusatoria y adversarial –como el consagrado en la ley 906/04–, son vistos actualmente como un claro avance dentro de la aspiración política de cualquier sociedad, de diseñar la estructura de proceso que asegure de mejor manera la justicia material⁴⁸.

Así las cosas, si bien el Estado colombiano adoptó un sistema penal de tendencia acusatoria con la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2003 y con la expedición del Código de Procedimiento Penal de 2004, aún la legislación colombiana está en deuda de aplicar dicha estructura procesal en todos los asuntos. Precisamente, este proyecto busca suplir aquella mora normativa al diseñar constitucionalmente un modelo de proceso penal de corte acusatorio y adversarial para los aforados constitucionales. Y con ello, se reitera, poner a tono el derecho colombiano en relación con la noción contemporánea de una garantía primordial para la vigencia del principio del debido proceso, a saber, la imparcialidad del juez.

B. Modificaciones propuestas en el sistema de juzgamiento para garantizar la aplicación del principio de doble instancia

1. La importancia y necesidad de garantizar el principio de doble instancia en los procesos penales en contra de aforados constitucionales

⁴⁷ Tribunal Constitucional Español, Sentencia No. 145/1988, 12 de julio. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1988-19564

⁴⁸ Al respecto, ver la reconstrucción que se hace en: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008 M.P: Nilson Pinilla Pinilla

Tal como se ha explicado, uno de los principales propósitos de este proyecto de acto legislativo tiene dentro de sus principales propósito el de incorporar la figura jurídica de la doble instancia en los procesos penales que actualmente adelanta la Corte Suprema de Justicia. Como se sabe, la doble instancia está consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

Según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, existe un vínculo estrecho entre la garantía de doble instancia, el debido proceso y el derecho de defensa⁴⁹. Lo anterior, en la medida en que esta figura se erige como una herramienta procesal que permite que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de mayor jerarquía, y través de ello, ampliar la deliberación alrededor de ese asunto judicial y minimizar las posibilidades de un error sobre el mismo⁵⁰. Al respecto ha dicho la Corte:

“(...) La doble instancia –artículo 31 Superior- es una garantía que se desprende del derecho de defensa y contradicción, el cual, hace parte del principio del debido proceso – artículo 29. Su finalidad es permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía- lo que en principio es indicativo de mayor especialidad en la materia- con el fin de que decisiones contrarias a los intereses de las partes tenga una más amplia deliberación con propósitos de corrección. (...)”

La doble instancia también está íntimamente relacionada con el principio de la doble conformidad, el cual surge del interés superior del Estado de evitar errores judiciales que sacrifiquen no sólo la libertad del ser humano, sino también importantes recursos públicos debido a fallos de la jurisdicción contenciosa que condenan al Estado bajo la doctrina del error judicial. (...) ⁵¹.

En ese contexto, la propuesta de incorporar el derecho de doble instancia en los casos que involucren a los aforados constitucionales, busca ampliar el abanico de garantías de defensa de las que son titulares estos altos funcionarios del Estado en sede de un proceso penal. Ciertamente, la Corte Constitucional ha estimado

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 2002 M.P: Eduardo Montealegre Lynett

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-254A de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2011. M.P.: Jorge Igancio Pretelt Chaljub., C-384 de 2000, C-650 de 2001 y C-401 de 2013.

que el derecho a la doble instancia no tiene un carácter absoluto⁵², y por ende, no es contrario a la Carta Política ni desconoce el derecho al debido proceso el hecho de que los procesos penales contra los congresistas se adelanten en una única instancia⁵³.

Sin embargo, ello no es óbice para que el legislador colombiano, dentro de un entendimiento amplio de las garantías derivadas del debido proceso, decida incorporar la garantía de la doble instancia en los regímenes especiales de juzgamiento, como los que les son aplicables a los aforados constitucionales. Por el contrario, con ello, se pondría a la legislación colombiana a tono con los estándares internacionales sobre la materia⁵⁴.

En síntesis, si bien es compatible con la Carta Política el que los juicios penales contra los congresistas sean de única instancia, el Estado Colombiano puede políticamente, como aquí se propone, tomar la decisión de ajustar la normativa interna frente a los desarrollos internacionales que abogan por que el derecho a la doble instancia se le garantice a todas las personas, incluido los congresistas y altos funcionarios del Estado.

2. La asignación de la primera instancia de los procesos contra congresistas y otros aforados constitucionales al Tribunal Superior de Bogotá permite la aplicación del principio de la doble instancia

A través de esta iniciativa se sugiere que el Tribunal Superior de Bogotá conozca en primera instancia de las acusaciones que formule el Fiscal General de la Nación –o sus delegados–, en contra de los altos funcionarios del Estado revestidos de fuero constitucional, con excepción de los descritos en los artículos 174 y 178A de la Constitución. Ello, principalmente, como una medida encaminada a posibilitar la segunda instancia en este tipo de procesos y de paso, ayudar a descongestionar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que pueda concentrarse en ejercer sus funciones de órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-254ª de 2012.M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵³ Ver: Corte Constitucional. Sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-040 de 2002, C-545 de 2008 y SU-195 DE 2012, entre otras.

⁵⁴ Al respecto ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

En efecto, existen razones de conveniencia pública y de orden jurídico, para asignarle la competencia de juzgamiento en primera instancia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Por un lado, la posibilidad de instaurar la figura de la doble instancia en los procesos que actualmente se adelantan en única instancia en la Corte Suprema de Justicia, obliga necesariamente al Congreso de la República a tomar una decisión sobre quién será el juez en primera instancia, y a qué corporación judicial le corresponderá resolver los recursos de apelación que se formulen.

El camino que resulta política y jurídicamente más plausible, a fin de poder establecer la segunda instancia, es establecer que la Corte Suprema de Justicia opere como juez de apelación, y correlativamente, sea una corporación judicial de inferior jerarquía a la que le corresponda conocer en primera instancia de las acusaciones que presente la Fiscalía en contra de los aforados constitucionales. La pregunta es, entonces, ¿quién debe ser el *a quo* o juez de primera instancia en estos asuntos?

Frente a esto, el proyecto de acto legislativo propone asignarle tal competencia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá por múltiples razones. Algunas de orden jurídico y otras de conveniencia pública. Por un lado, si bien en principio todos los Tribunales Superiores de Distrito Judicial tienen asignadas las mismas competencias judiciales (arts. 33 y 34 Ley 906/04), el legislador en algunas ocasiones le ha asignado al Tribunal Superior de Bogotá algunas funciones judiciales específicas.

Por ejemplo, la ley le asigna al Tribunal Superior de Bogotá la función de juez de control de garantías en los procesos penales que conozca la Corte Suprema de Justicia en virtud del artículo 235.4 de la Constitución. Concretamente, el párrafo 1° del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal le asigna esta función a un magistrado de la Sala Penal de dicha corporación:

“ARTÍCULO 39. De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.

(..)

PARÁGRAFO 1o. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá”⁵⁵.

Como se observa, el legislador penal le ha conferido, en algunas circunstancias, funciones judiciales especiales al Tribunal Superior del Distrito de Bogotá no asignadas a sus pares judiciales. Luego esta no sería la primera ocasión en que se optara por fijarle a esta corporación judicial funciones penales que, desde una perspectiva político-criminal, se consideran como de mayor valía e importancia. Parece existir un reconocimiento normativo, más o menos explícito, de una mayor jerarquía funcional de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el cual este proyecto de acto legislativo vendría a revalidar.

Ahora bien, el hecho de que el Congreso sesione en la capital colombiana y, asimismo, sea Bogotá la sede de varias de las instituciones dentro las cuales laboran los funcionarios revestidos de fuero, también es otro elemento que, desde un punto de vista práctico, juega a favor de asignarle la competencia de juzgamiento en primera instancia al Tribunal Superior de esa ciudad. Por un lado, porque plantea ventajas desde un punto de vista logístico y operacional comoquiera que facilita los desplazamientos de los investigadores, las asistencias a las audiencias y diligencias por parte de los procesados, la recaudación de elementos materiales probatorios, entre otras cosas.

De otra parte, centralizar en un único Tribunal Superior la competencia privativa de juzgamiento de los aforados constitucionales propicia la aplicación unificada y coordinada de las normas y la jurisprudencia correspondiente, y en esa medida, satisface el principio de igualdad en materia judicial. De lo contrario, una fórmula normativa en la cual sea difusa y desconcertada la competencia del juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado, implicaría riesgos en cuanto a la aplicación descoordinada de los criterios jurisprudenciales y las normas aplicables.

De igual forma, concentrar en único tribunal la competencia del juzgamiento en primera instancia, también contribuye a evitar las injerencias indebidas y la ocurrencia de actos de corrupción en el ejercicio de dicha facultad. Al estar

⁵⁵ Vale decir que la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 declaró la exequibilidad condicionada de dicho parágrafo bajo el entendido de que la figura del juez de control de garantía solo interviene en aquellos procesos con características de sistema acusatorio. En esa medida, los procesos contra los congresistas estaría excluidos de la aplicación de dicha norma.

centralizada tales funciones, no sólo es más fácil ejercer la veeduría y la fiscalización sobre sus actividades, sino también se logra repeler de mejor manera presiones indebidas en el desempeño de las mismas. En últimas, un modelo difuso de la competencia del juzgamiento en primera instancia comporta un claro debilitamiento de la garantía institucional del fuero penal.

Por todo lo anterior, la fórmula que aquí se propone, de asignarle la competencia al Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, resulta ser, desde una perspectiva de arquitectura constitucional, la mejor alternativa para otorgarles el derecho a la segunda instancia a los aforados constitucionales.

IV. CONCLUSIONES

Los argumentos anteriormente expuestos nos permiten concluir lo siguiente:

1. Resulta necesario adecuar los presupuestos que rigen actualmente la investigación y el juzgamiento de ciertos aforados constitucionales a los principios que gobiernan el proceso penal acusatorio, Esto con el fin de asegurarles a los congresistas, y servidores señalados en el artículo 235 de la Constitución, un juicio oral, público y concentrado que garantice el derecho de contradicción.
2. Por otra parte, las medidas restrictivas de la libertad del investigado o sindicado que se dicten en un proceso penal cuando este sea un aforado constitucional deben ser objeto de un estricto control judicial por parte de una autoridad jurisdiccional independiente y especializada en la materia. Actualmente, los congresistas investigados carecen de un juez de control de garantías y legalidad que vele por la garantía de sus derechos y prerrogativas contempladas en la Constitución Política.
3. Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avalado que tanto el juicio como la investigación penal contra los miembros del Congreso (Representantes a la Cámara y Senadores) esté en cabeza de un mismo organismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también ha reconocido que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución y demás tratados sobre la materia exigen que dichas labores sean escindidas. En tal sentido, la

autoridad judicial encargada de juzgar a los acusados, no debería ser la misma que aquella que ha tenido un contacto previo con las pruebas, pues ya tiene un preconceito formado respecto de la responsabilidad del procesado. Precisamente, con el fin de solucionar este déficit de imparcialidad se propone que sea la Fiscalía General de la Nación quien adelante las investigaciones penales adelantadas contra los aforados constitucionales.

4. Asimismo, el ordenamiento jurídico debe asegurarles a los aforados constitucionales el respeto al debido proceso y a la doble instancia. En este sentido, este proyecto de acto legislativo propone que el juez de primera instancia de los procesos penales adelantados contra Congresistas y demás funcionarios señalados en artículo 235 sea la Sala Penal Tribunal Superior de Bogotá.

No hay duda de que al aceptarse este importante cambio del ordenamiento se lograría ajustar las disposiciones penales a los desarrollos internacionales que abogan por que el derecho a la doble instancia se le garantice a todas las personas, incluido los congresistas y altos funcionarios del Estado.

5. Finalmente, el hecho que el juzgamiento contra congresistas y altos funcionarios del Estado sea adelantado por un organismo judicial inferior a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia –Tribunal Superior de Bogotá- permitirá, por un lado, que esta Corporación funja realmente como órgano de cierre de estos procesos penales y, por el otro, se aseguraría que los casos puedan contar con no solo con la garantía de una segunda instancia, sino también con la posibilidad de una revisión final. Sólo de esta manera, la Corte Suprema cumplirá realmente con su papel constitucional de servir como tribunal de casación de la jurisdicción ordinaria.

Atentamente,

YESID REYES ALVARADO
Ministro de Justicia y del Derecho