

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO \_\_\_\_\_ DE 2002 -  
XXXXXXXXXXXXXXXXXX

*Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política.*

**TEXTO NORMATIVO PROPUESTO**

**Artículo 1.** El artículo 234 quedará así:

**Artículo 234.** La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Ésta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

La ley determinará el número de magistrados que conforman la Sala Penal, lo mismo que la forma como se dividirá para garantizar el respeto del principio de la doble instancia y el control de garantía constitucional respecto de las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales que se tomen dentro del proceso penal.

**Artículo 2.** El artículo 235 quedará así:

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

1. Actuar como Tribunal de Casación en el estudio de sentencias ejecutoriadas. La ley podrá determinar mecanismos sumarios de respuesta con el fin de lograr la unificación de la jurisprudencia, la protección de las garantías fundamentales y la restauración del derecho vulnerado.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2° y 3°.
3. Juzgar mediante la Sala Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los miembros del Congreso de la República.
4. Juzgar mediante la Sala Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, 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 Auditor General, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes 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.

5. 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.
6. Darse su propio reglamento.
7. Las demás atribuciones que señale la ley.

Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. La intervención de la Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia podrá ejercerla el Fiscal General de la Nación o, por delegación suya, el Vicefiscal General o los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

**Artículo 3.** El artículo 250 quedará así:

**Artículo 250.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, las que procuren la conservación de la prueba y la protección de la comunidad; así mismo aquellas necesarias para la asistencia inmediata a las víctimas y hacer efectivo el restablecimiento del derecho.

Excepcionalmente, la ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas administrativas. En estos casos, el juez de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El juez de control de garantías, no podrá ser en ningún caso, el juez de conocimiento.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos, el juez de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes contadas a partir de su conocimiento.
3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
4. Aplicar el principio de oportunidad en las causales definidas en la ley.
5. Solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar.
6. Presentar escrito de acusación ante el juez competente, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.

7. Solicitar ante el juez competente la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
8. Solicitar ante el juez competente las medidas necesarias para la reparación integral a las víctimas. Igualmente, velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
9. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
10. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

**Artículo 4.** El artículo 251 quedará así:

**Artículo 251.** Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.
3. Asignar y desplazar libremente a sus funcionarios en las investigaciones y procesos. Asimismo, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en cada caso, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y de jerarquía.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
5. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

## **Artículo 5. Vigencia.**

El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación; el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la ley, la cual establecerá el régimen de transición que se iniciará en la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) y los Distritos Judiciales que allí se señalen, para que se extienda a los demás, en un término máximo de cuatro (4) años, contados a partir de la vigencia de este acto legislativo.

## **Artículo Transitorio.**

Revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por una sola vez, para que expida las normas legales necesarias al nuevo sistema. A este fin podrá modificar los cuerpos normativos indispensables incluidos los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley podrá tomar las previsiones necesarias para garantizar la presencia de funcionarios y demás servidores públicos que sean esenciales y, en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Judicatura, La Procuraduría General, la Defensoría del Pueblo y los demás organismos que cumplen funciones de policía judicial de manera permanente.

El Gobierno Nacional garantizará los recursos indispensables para la implementación gradual el sistema acusatorio.

El Presidente de la República conformará una Comisión Asesora e indicará sus objetivos y funcionamiento; término y periodicidad de sesiones; forma de participación de otros estamentos y personas; capacitación de los servidores judiciales; la gradualidad en la adecuación técnica de las salas de audiencia pública y, determinará la fecha de presentación de informes y proyectos de la nueva normatividad. De esta Comisión deberán hacer parte el Ministro de Justicia y del Derecho, el Director del Departamento de Planeación Nacional, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Defensor del Pueblo, o los delegados que ellos designen.

El término máximo de estas facultades es de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de este Acto Legislativo.

## CONTENIDO

- I. Justificación de la reforma: La necesidad de la implementación de un sistema de corte acusatorio
- II. Los tratados de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad
  - A) El mandato de imparcialidad del juzgador en la Constitución
  - B) El derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas
  - C) El principio de la doble instancia en la Constitución
- III. Antecedentes
  - A) Acto legislativo N. 1 de 1979
  - B) Asamblea Nacional Constituyente de 1991
  - C) Modelo deseable a partir de la Constitución de 1991
- IV. Experiencias comparadas
  - A) Imposición de la Medida de Aseguramiento, previa autorización del juez
  - B) Juicio público, oral y contradictorio
  - C) El Principio de la Doble Instancia en los procesos que se adelantan contra los altos funcionarios del Estado
- V. Los Cambios Propuestos
  - A) Reforma del artículo 250 de la Constitución Política. Las principales funciones de la Fiscalía General de la Nación.
  - B) Reforma del artículo 251 de la Constitución Política. La reivindicación del rol del Fiscal General de la Nación como orientador de la investigación y acusador.
  - C) Reforma del artículo 234 y 235 de la Constitución Política. La garantía al principio de la doble instancia y el sistema de investigación, acusación y juzgamiento de los miembros del Congreso de la República.
- VI. Régimen de transición hacia el nuevo sistema
- VII. Conclusiones

Anexo No. 1: Bases ideológicas para un esquema de procesamiento criminal de tendencia acusatoria.

Anexo No 2: Cuadro esquemático del nuevo proceso penal derivado del modelo acusatorio propuesto.

## PRESENTACIÓN

Atentamente presentamos por expresa solicitud del Fiscal General de la Nación, el siguiente proyecto de acto legislativo que tiene por objeto poner en consideración del Congreso la modificación del sistema judicial penal, el cual fue objeto de distintas reuniones bajo el liderazgo de la Fiscalía General y que contó con la presencia del señor Ministro de Justicia y su delegado, del Presidente de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia y su delegado, en varias de las reuniones, del Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y de su delegado, del Defensor del Pueblo y de sus delegados, del Señor Procurador General de la Nación y de su delegada, de un representante de la Asociación de Universidades y de juristas a nombre de la Corporación Excelencia en la Justicia, dirigidos por el doctor Jaime Granados Peña. La Fiscalía General hizo presencia con el Vicéfiscal General de la Nación, el ex magistrado de la H Corte Suprema de Justicia, Dr. Gustavo Gómez Velázquez y el catedrático Dr. Julio Andrés Sampedro.

Esta iniciativa de reforma constitucional tiene la finalidad de modificar la estructura del esquema de procesamiento criminal colombiano, para adoptar uno de clara tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral y, por esta vía, se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento.

El Gobierno Nacional está convencido de la necesidad de asumir el reto de reformar la justicia penal, pues cada día es más dramática la situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del sistema hace que, aún a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones sean demoradas, es decir, la justicia sea ineficaz.

Con este nuevo esquema se dotará al país de uno moderno, ágil, eficiente y respetuoso de los derechos de los sindicados y de las víctimas, quedando a la vanguardia de los sistemas comparados de procesamiento criminal.

Atentamente

ARMANDO ESTRADA VILLA

ROMULO GONZALEZ TRUJILLO

## EXPOSICION DE MOTIVOS

### 1. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: LA NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE CORTE ACUSATORIO

Así, 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**. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal.

Por ello, 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<sup>1</sup>.

Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria.

---

<sup>1</sup> " La forma acusatoria del procedimiento exige de la ley una división tajante de las tareas que al Estado le corresponden en el procedimiento judicial, por vía de la adopción de un sistema de persecución penal publica: al ministerio publico --Fiscalía- debe serle encomendada toda la tarea relativa a la persecución penal estatal (función requirente) y a los jueces les corresponde la decisión de los casos llevados ante ellos por el acusador (función jurisdiccional). La responsabilidad de ambos organismos también varía: el primero no responderá por el control de los jueces, según el origen de su nacimiento, sino antes bien, por la eficiencia y efectividad de la aplicación de la ley penal (persecución penal); los jueces, en cambio, no serán responsables, como hasta ahora, como inquisidores, comprometidos a hallar la verdad para aplicar la ley, sino, tan solamente, por su función de custodiar el respeto debido a los derechos y garantías individuales y por la aplicación de la ley al caso sometido a su decisión. En esta diferenciación tajante entre acusador y juez, que provoca, en los delitos de persecución pública, una diferenciación formal, pero nítida, entre las dos tareas que, en el procedimiento penal, le corresponden al Estado, requerir y decidir, confiándolas a órganos diferentes, consiste buena parte de aquello que se concibe como PRINCIPIO ACUSATORIO en el derecho procesal penal y como IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES en el Derecho de la organización judicial. Los puntos de tensión máxima con el principio opuesto son conocidos y difíciles de solucionar." ("El Sistema Acusatorio en Iberoamérica". Julio Bernardo Maier, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, 1996.)

La premisa anterior se sustenta en que, mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.

Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual, dentro de las cuales, se encuentra la limitada función investigativa que ejerce la fiscalía hoy en día: "...el papel asignado a la fiscalía no es precisamente desvirtuar la presunción de inocencia característica de los sistemas inquisitivos, sino simplemente elaborar los cargos para su debate probatorio y alegaciones durante el juicio"<sup>2</sup>

El propósito de esta reforma es fortalecer la función de la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría Pública, en la medida en que se reasignarán funciones de acuerdo a como deberán desempeñarse en un sistema acusatorio, en aras de permitir mayor especialidad y eficiencia en las funciones que ejerce cada una, dentro del marco de colaboración y equilibrio, garantizando así a todo ciudadano el acceso a la administración de justicia.

Como consecuencia necesaria de la reforma al sistema de procesamiento criminal aparece la modificación del sistema de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso de la República, para adecuarlo a los principios del sistema acusatorio y, además, garantizar el respeto del principio de la doble instancia. En consecuencia, deberá replantearse el rol, hoy en día inexistente, de la Fiscalía General en este tipo de procesos, lo mismo que reestructurar el funcionamiento de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia para poder garantizar la doble instancia.

La concentración de funciones que se presenta hoy en día en la Corte Suprema de Justicia afecta los derechos del procesado, ya que en los procesos penales que se surtan en contra de los miembros del Congreso, la Corte impulsa la investigación teniendo que evaluar la hipótesis que ella misma ha elaborado como investigador, examinando el peso de su propia investigación y decidiendo sobre los derechos del imputado, al tiempo que dirige el proceso como juez.

No puede perderse de vista que la institución del fuero pleno de los parlamentarios también ignora la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a la teoría del

---

<sup>2</sup> "Plan Nacional de Entrenamiento para defensores públicos", Defensoría del Pueblo, Tomo II, 1999, p. 95.



*bloque de constitucionalidad.* Según esta doctrina, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, la protección de garantías como la imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales, por ser protectoras de los derechos humanos del procesado se entienden integradas a la Constitución y es para todos los efectos de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, deben garantizarse a través del establecimiento de un sistema acusatorio.<sup>3</sup>

Este proyecto de acto legislativo comprenderá tres temas fundamentales para la implementación de un sistema acusatorio, a saber: 1) el referente al replanteamiento de la actividad que ejerce el fiscal, la cual, como se ha mencionado, deberá verse desprovista de gran parte de las funciones judiciales que detenta hoy en día durante la etapa de instrucción, en aras de mejorar la función investigativa y de salvaguardar los derechos fundamentales del sindicado; 2) el fortalecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; y, finalmente 3) la reforma del sistema de juzgamiento parlamentario actual ante la Corte Suprema de Justicia, aspecto que a su vez comprende la implementación del principio de la doble instancia y, la redefinición de las funciones a cargo del fiscal dentro de este tipo de procesos.

La propuesta no surge como una simple aspiración teórica, sino como una idea que ambiciona acabar con las deficiencias que caracteriza nuestro sistema hoy. Esta reforma es garantía a la eficiencia del sistema, es la herramienta que permitirá imprimir mayor celeridad al proceso, competitividad y especialidad a sus funcionarios, mayor salvaguarda de los derechos fundamentales de los sindicados, en fin, una mejor calidad en la administración de justicia.

## **II. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **A) EL MANDATO DE IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR EN LA CONSTITUCIÓN**

Con fundamento en los artículos 93 y 94 superiores, la H. Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina del “Bloque de Constitucionalidad”, por virtud de la cual, todos los tratados ratificados o no por Colombia, siempre que versen sobre Derechos

---

<sup>3</sup> Algunas normas internacionales relativas a los derechos humanos, que se desconocen a través del fuero parlamentario, son las relacionadas con el derecho a la libertad (Declaración Universal de las Naciones Unidas, artículos 3 y 9; Pacto de Roma, artículo 5.3; Pacto de Nueva York, artículo 9.3; Convención Americana, artículo 7.5), y a un juicio equitativo e imparcial (Declaración Universal de las Naciones Unidas, artículo 10; Pacto de Roma, artículo 6.1; Pacto de Nueva York, artículo 14.1; Convención Americana, artículo 8.1).

Humanos, y no permitan su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados a la Constitución.

Entre estos derechos que se incorporan a la Constitución, se encuentra el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial<sup>4</sup>. Conforme a lo expuesto, este mandato de imparcialidad del juzgador está integrado a la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional que reclama cumplimiento.

En nuestro sistema, cuando el fiscal decreta, practica y valora una prueba, cuando profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra.

La imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar las libertades del procesado. Si a una misma persona se le asignan las funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen. Es que "resulta poco creíble que un funcionario o entidad sea capaz de considerar a alguien como eventual responsable de un delito, y lo llame a indagatoria, para luego, pocos días después, ese mismo funcionario o entidad determine *imparcialmente* si el investigado debe ser detenido o puesto en libertad. (...) Casi nadie es un buen evaluador de sus propias investigaciones"<sup>5</sup>.

Esta garantía no se predica únicamente para los casos en que el funcionario encargado de realizar funciones judiciales se encuentra impedido para hacerlo por razones personales, casos en los cuales los sujetos procesales pueden aplicar el sistema de recusaciones (aspecto subjetivo de la imparcialidad, según el Tribunal Europeo). Esta garantía va más allá e implica el deber de ofrecer al sindicado pronunciamiento judiciales objetivos que pongan en funcionamiento las garantías suficientes de las que es titular. Al respecto se pronuncia la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Piersack, señalando que "Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto."<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Entre otros: Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948, artículo 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14; Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.1.

<sup>5</sup> Uprimy, Op. Cit, p. 86.

<sup>6</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Piersack, sentencia del 1 de octubre de 1982.

Las normas de tratados internacionales que imponen a los Estados la obligación de proveer jueces imparciales no se refiere únicamente a los funcionarios que las leyes locales denominen “jueces”, sino a cualquier persona que cumpla funciones judiciales. El imperativo de imparcialidad no se dirige a los “jueces” en sentido estricto, sino a la función judicial, que entre nosotros ostenta parcialmente la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que cualquier autoridad habilitada por las leyes locales para ejercer funciones judiciales “(...) ha de reunir condiciones que constituyan otras tantas garantías para la persona arrestada. La primera de ellas estriba en la independencia hacia el Ejecutivo **y hacia las partes**”<sup>7</sup>. Podría aducirse que el fiscal no es parte en sentido estricto durante la investigación, pero es obvio que investiga con miras a ser parte en el juicio, afectando su imparcialidad.

Cabe aclarar que lo que se critica no es que el fiscal esté interesado en la investigación: no puede ser de otro modo. Lo que debe reformarse es el contenido de sus facultades frente al procesado, el hecho de que, estando interesado – como tiene que estarlo - en la investigación, decida, por ejemplo, sobre la necesidad de imponer al sindicado una medida de detención preventiva.

No en vano se ha dicho: “Salvo raras excepciones, el funcionario instructor se deja guiar, sin darse cuenta él mismo de lo que le pasa, por aquél hábito mental que le hace considerar la acusación, esto es, la suposición de la culpabilidad del sindicado, no como una hipótesis, sino como un teorema, cuya verdad se trata de demostrar a todo trance. El funcionario considera innecesarios, ociosos o ridículos, todos los requisitos que tienden a garantizar la verdad; para qué garantizar la verdad si se sabe de antemano? Todo indicio de inocencia se rechaza como un peligro de error, como un obstáculo para la anhelada demostración de su teorema. La demostración de su hipótesis se convierte para el funcionario en asunto de amor propio, de honor, sobre todo cuando se trata de un proceso ruidoso”<sup>8</sup>.

## A) EL DERECHO A UN JUICIO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS

La creación de la Fiscalía General de la Nación dentro de un sistema de procesamiento mixto (con facultades judiciales en cabeza del investigador) no ha aportado eficacia a la persecución penal. En un principio se pensó que la entidad sería un instrumento para combatir el crimen organizado.<sup>9</sup> Sin embargo, “alrededor de 1´100.000 procesos

<sup>7</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schiesser. Sentencia del 4 de diciembre de 1979, En el mismo sentido, confrontar Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Huber. Sentencia del 23 de octubre de 1990.

<sup>8</sup> Citado por Luis Rueda Concha. “Los Tres Sistemas del Proceso Criminal” en *Conferencias de Derecho Procesal*, (1923) p. 91.

<sup>9</sup> PROYECTO DE ACTO REFORMATARIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Febrero de 1991. Pg. 287. “Mediante el establecimiento del sistema acusatorio se pretende habilitar las competencias de los poderes públicos para el tratamiento de los fenómenos delincuenciales

permanecen dentro del sistema para su investigación y el número crece a tasa del 5% anual (...) Alrededor de 330.000 investigaciones quedan inactivas anualmente. Esto representa el 36% del total de salidas de la etapa acusatoria para 1996, el 40% para 1997 y 1998 y un 34% para 1999. Estas cifras sugieren un alto índice de impunidad dentro de la etapa donde se deben investigar los hechos punibles y establecer responsables”<sup>10</sup>

Por otro lado, el gran número de procesos en los despachos, que generan altos niveles de congestión en el aparato judicial, tiene como consecuencia el atraso en las decisiones judiciales que deben ponerle fin a los procesos penales.

A partir de la investigación “actualización de tiempos procesales penales”, llevada a cabo por la Corporación Excelencia en la Justicia, mediante la cual se pretendía identificar los problemas que arrojaba la manera de operar del aparato judicial, se verificó que la etapa procesal donde se presentaba la mayor demora, es durante la etapa de juicio. El promedio en esta etapa de juicio resultó ser de 297 días, término bastante superior al legal que es de 65 días, según la corporación.<sup>11</sup> A nivel de los juzgados de Circuito, los procesos pueden demorarse 178 días más, y a nivel Municipal 226 días más por encima del término que se estima deberían durar, según la ley.

La congestión resulta en demora injustificada de los términos que tienen los funcionarios para emitir sus decisiones. Se ven en dificultades a la hora de imprimirle eficiencia a la movilización del procesos a través de sus distintas etapas. Esto genera, no únicamente deficiencias en el funcionamiento del aparato jurisdiccional, sino también gravosos perjuicios para quienes acuden a la administración de justicia, ya que se configura una violación al derecho de todo procesado a tener un juicio sin dilaciones injustificadas.

El derecho del procesado a un juicio sin dilaciones injustificadas es una garantía que hace parte de los derechos humanos y como tal se encuentra plasmada en tratados internacionales, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 10; Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales artículo 5.3 y Tratado Internacional sobre derechos Civiles y

---

*que amenazan nuestra sociedad. Sobre su consagración se viene discutiendo desde la Enmienda de 1979, sin que hasta el momento se hayan sentado los principios que definan la manera como han de dividirse las tareas del Estado en lo penal.*

[...]

*El Fiscal no interviene en todos los procesos penales. Solamente en el conocimiento de aquellos delitos que expresamente determine el Legislador. De esta manera se acoge un criterio flexible que regulará la aplicación del Sistema Acusatorio, de conformidad con las necesidades de la Política Criminal del Estado”.*

<sup>10</sup> Corporación Excelencia en la Justicia. *Informe Anual de la Justicia 2000* (Bogotá, 2000) p. 71. Subrayas fuera del texto.

<sup>11</sup> Tiempos promedios del proceso penal en los despachos judiciales del circuito de Santa Fé de Bogotá, Resumen Ejecutivo, Corporación Excelencia en la Justicia, *en* Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal en Colombia, Op cit, p. 189.

Políticos art. 9.3. A la luz de estos tratados, el derecho del acusado de acceder a un juicio justo dentro de un tiempo razonable, ante un tribunal independiente, es un derecho básico de carácter universal. *“Un retardo irrazonable es flagrantemente violatorio de este derecho e implica seria amenaza a la calidad de la justicia que se imparte.”*<sup>12</sup>

Sin embargo, esta garantía no encuentra desarrollo material en nuestro ordenamiento, porque la excepción se volvió la regla y los términos que prescribe la ley para el cumplimiento de las actuaciones no se verifican, como se comprobó mediante los índices anteriormente señalados. Recuérdese en este momento el pensamiento del Francisco Tomás y Valiente, quien en una oportunidad sostuvo que *“la frecuente tardanza excesiva del “servicio de justicia”, no puede reputarse como “normal”, pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente...y, en segundo término, porque si...hubiere que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de contenido esencial el derecho fundamental.”*<sup>13</sup>

Nuestra Constitución Política establece en su artículo 228 que “[...] los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado [...]”, un aspecto que busca garantizar el derecho fundamental previsto en la Carta “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (artículo 29).

En efecto, cuando se define un término para el cumplimiento de una actuación procesal, debe ser respetado, tal y como lo ha reconocido la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, que en la sentencia C-300 de 1994 indicó que: “Precisamente, la fijación legal de un término máximo [...] consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de un proceso justo e imparcial.”

Ahora bien, obsérvese que desde la reforma del año 1987 se percibía la necesidad de adoptar el texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos como orientadores del procedimiento penal, pues de otra forma no se podría dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esa materia.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Benjamin J. Odoki, Reducing Delay in the Administration of Justice: the case of uganda, *in* Criminal Law Forum. An International Journal, Volume 5, 1994, p. 57. (Traducción Libre)

<sup>13</sup> Citado por Vicente Gimeno Sendra. *Constitución y Proceso* (Madrid: Tecnos, 1988),p. 147

<sup>14</sup> Jaime Granados Peña. “Aspectos Relevantes del Nuevo Código de Procedimiento Penal (XI)”. Tomado de *Vniversitas* No. 72 – junio de 1987. *“Sin desconocer que hay otros factores de índole supranacional, como ocurre con el sistema interamericano de derechos humanos, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud de la ley 16 de 1972...”*

### C) EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN LA CONSTITUCIÓN

El establecimiento del principio de la doble instancia previsto en el presente Acto Legislativo, para las decisiones tomadas dentro de los procesos penales que se surtan en contra de los aforados, obedece también al mencionado imperativo constitucional en virtud del citado *bloque de constitucionalidad*.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>15</sup>, como fue señalado en el apartado anterior, prevalecen en el orden interno los Tratados Internacionales relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Colombia<sup>16</sup>. De conformidad con esta doctrina acogida por la Corte en los fallos citados, en virtud del artículo 93 de la Carta, la protección de las garantías procesales fundamentales, por ser protectoras de los derechos humanos, son de obligatorio cumplimiento al estar en el mismo nivel de la Constitución dentro de la jerarquía normativa.

Diferentes Tratados Internacionales relativos a los derechos humanos prevén expresamente el principio de la doble instancia. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en el artículo 14.5, consagra el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto, sean sometidos a un Tribunal Superior; así como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos es otro ejemplo de un tratado internacional suscrito y ratificado por Colombia, en virtud del cual toda persona tiene derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2, lit. h).

Así mismo, es evidente el amplio consenso que existe a nivel internacional en la materia, aún sobre delitos de los cuales conocen tribunales especiales o ad hoc, a tal punto que dos estatutos penales internacionales consagran esta garantía de la doble instancia; el Estatuto de Roma de 1998<sup>17</sup>, se refiere a la Sala de Apelaciones en Primera y Segunda Instancia (artículos 64, 74, 81 num. 1, lit. b, y 83), y el Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1991, también consagra en el artículo 25 el principio de la doble instancia, a través del establecimiento de una Cámara de Apelaciones.

De ahí que resulte necesario implementar un sistema de procesamiento criminal que permita cumplir materialmente las disposiciones contenidas en esos instrumentos internacionales, de manera que la parte dogmática de la Constitución encuentre realmente un correlativo desarrollo en su parte orgánica.

---

<sup>15</sup>Véanse las Sentencias de la Corte Constitucional C-574 de 1992, C-578 de 1995, C-400 de 1998 y C-774 de 2001.

<sup>16</sup>Joaquín Polo Montalvo. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y algunos aspectos de la justicia en Colombia en *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia*, (Tercer Mundo Editores, 1999) pg.142.

<sup>17</sup> Suscrito por Colombia el 11 de diciembre de 1998, cuyo trámite de aprobación y ratificación se encuentra pendiente.

### **III. ANTECEDENTES**

Invocamos dos instrumentos de orden constitucional a manera de referencia histórica, que nos demuestran la voluntad política desde hace mucho tiempo de propender por un sistema procesal penal con tendencia al modelo acusatorio.

#### **A) ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1979.**

Se creyó hace más de dos décadas, que con la propuesta de reformar la Constitución Nacional de 1886, básicamente en lo atinente a los Poderes Legislativo y Judicial, obtendríamos una pronta y cumplida justicia, recurriendo a un sistema judicial acusatorio, distinto del tradicional sistema inquisitivo, eficaz frente a los altísimos niveles de impunidad, congestión y excesivo formalismo, y se solucionarían problemas de todo orden especialmente del creciente índice delincencial que a diario se registraba en todo el territorio nacional.

Por eso se incluyó el sistema acusatorio, con una Fiscalía General de la Nación encargada de instruir el sumario ejerciendo funciones requirentes ante el Juez para que tomara las decisiones judiciales intermedias o definitivas, aplicando un principio básico acusatorio de separación de funciones: donde uno investigaba, y otro juzgaba.

Se pronosticó y diseñó un sistema de inclinación al modelo acusatorio enunciando principios rectores orientadores de este sistema procesal penal, bajo las siguientes premisas:

- El monopolio de la acción penal solamente recaía sobre los delitos que expresamente señalara la ley. De tal manera que se adoptaría un sistema flexible para la ejecución de la política criminal de Estado.
- Los jueces no volverían a instruir procesos, sino que dirigirían la segunda fase del proceso: el juicio publico.
- Se investigaría y trabajaría siempre en equipo con la policía judicial bajo el liderazgo del fiscal con mayor posibilidad de éxito en la instrucción sumarial.
- Se fundamentó el régimen penal en la trilogía : juez natural e imparcial; fiscal con vocación acusatoria; y, defensor en ejercicio pleno e inviolable de la defensa técnica y material, pudiéndose considerar como profunda y sustancial.

El Acto Legislativo fue aprobado en el Congreso de la República, se expidió incluso un nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 0181 del 29 de enero de 1981, publicado en el Diario Oficial del Lunes 9 de Febrero de 1981), en donde estableció que la acción

penal le correspondía al Estado y la ejercía "*el Fiscal General de la Nación, por sí o por medio de sus agentes*" - artículo 17 ídem -, y derogaba a través del artículo 544 el añejo Decreto 409 de 1971 de corte eminentemente inquisitivo. El nuevo Código de Procedimiento Penal aparejaba coherencia con el Código Penal de 1980. En virtud a que la vigencia de éste régimen penal adjetivo, se fijara para un año después de su expedición, algunas de sus normas fueron demandas y revisadas por ante la Corte Suprema de Justicia declarándolas exequibles.

Como ya se dijo el Fiscal General de la Nación o sus agentes desempeñaban la acusación. Para tal fin, tenían las siguientes atribuciones: velaba por el cumplimiento de la ley con el fin de determinar la responsabilidad penal y civil; podía formular solicitudes pertinentes, interponer recursos, participar en la práctica de pruebas e intervenir obligatoriamente en las diligencias del proceso de juzgamiento, de ejecución de la sentencia y ejercer las demás facultades que la ley le asignaba.

Sin embargo, esta legislación no entró a la práctica judicial, por cuanto en sentencia de inconstitucionalidad del 3 de noviembre de 1981, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 1979 y con el también se derrumbó el Código de Procedimiento Penal de 1981 de trascendental importancia por la precisión de incluir un sistema de vocación acusatoria.

## **B) ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991.**

Al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente para expedir una nueva Constitución Política de Colombia, se expresaron opiniones diversas muy calificadas y desde varias ópticas sobre la reforma a la justicia, en particular a la penal, imputándole gran responsabilidad de la impunidad que campeaba por ese entonces al sistema procesal penal imperante; y que dicho sea de paso no resulta nada halagüeño hacer ejercicios de comparación con la actualidad judicial, porque pese a ese esfuerzo, y aún con Fiscalía General de la Nación, hemos tenido mayores niveles de impunidad y congestión.

Se dijo entonces, que era indispensable modificar la estructura de la justicia, empezando por sus órganos de investigación; determinar las funciones de una nueva entidad instructora; crear un organismo que cumpliera permanentemente la función de policía judicial en manos de un cuerpo verdaderamente dependiente del fiscal; y, básicamente diferenciar los roles de los funcionarios titulares de la acción penal: que no fuera el mismo investigador quien posteriormente enjuiciara y condenara o absolviera al procesado<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> En este sentido, el constituyente Fernando Carrillo indicó: *La justificación para dividir la tarea del Estado en la función de administrar justicia en materia penal, es una forma de proteger al individuo*



El Código de Procedimiento Penal de 1991 obedeció a la premisa mayor discutida y aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de expedir una legislación procesal penal con tendencia acusatoria? La respuesta es no.

Durante la década que rigió el decreto ley 2700 de 1991, no se dio muestra alguna de un acercamiento mínimo al sistema garantista de tendencia acusatoria. Se debe reconocer que el modelo intentado, como en muchos foros se enunciaba y proclamaba como "sistema procesal a la colombiana", no registra precedentes exitosos; sus fallas se demuestran desde varios aspectos.

Se dice por ejemplo, en un estudio de la Procuraduría General de la Nación, que si bien, la Constitución de 1991 pretendió consagrar un sistema acusatorio, lo único que hizo fue convertir los jueces de instrucción criminal en fiscales, dejando de lado el desarrollo real de elementos esenciales del modelo acusatorio.

Se afirma en dicho documento que:

*"Al permitirse, en nuestro sistema constitucional, que la Fiscalía cumpla funciones judiciales y por lo tanto, que tenga la facultad de proferir medias de aseguramiento y la posibilidad de precluir las investigaciones, sin control de los jueces, tal como lo establecen los numerales 1º. Y 2º. Del artículo 250 de la Carta Política, se introdujeron factores extraños al sistema acusatorio, que resultan de imperioso cumplimiento para el legislador, e*

---

*contra el uso excesivo del sistema de persecución pública de los delitos. Por esa razón, las Constituciones prohíben ciertos ataques a la libertad individual que, tomados en conjunto, no significan otra cosa que obligar al legislador a respetar la forma acusatoria como respeto al principio ne procedat iudex ex officio o nemo iudex sine actore. En la mayor parte de legislaciones se han diferenciado por lo general, dos etapas dentro del proceso penal: una etapa sumarial y una etapa plenaria o de juicio. La primera de ellas tiene como objetivo fundamental, dentro de la doctrina tradicional, la ejecución de diligencias y preparatorias para el juicio, que implican la investigación y comprobación del hecho punible, con autores y circunstancias y el aseguramiento del presunto infractor, así como decidir sobre el sobreseimiento que no daría lugar a iniciar el plenario, por no encontrar mérito suficiente.*

*En ese orden de ideas, el problema que surge se relaciona con el órgano titular de la función acusatoria, esto es, de quien adelanta la investigación, y consecuentemente ejerce la acción penal o se abstiene de hacerlo. Actualmente, el ejercicio de la persecución procesal de los delitos, no se deja en manos de los particulares como lo exigiría el puro principio acusatorio, sino que se asume por los órganos estatales en la casi totalidad de los casos..."*

*impiden la verdadera modernización de nuestro sistema procesal penal y la real eficacia de las garantías enunciadas en la Carta Política.*

*Por estas limitaciones de rango constitucional, nuestro legislador, en el Código de Procedimiento Penal vigente, no hizo más que reproducir el sistema anterior sin aprovechar las alternativas que emergen de las nuevas disposiciones constitucionales, y en el proyecto que recientemente se sometió al estudio del Congreso de la República, se reproduce nuevamente el esquema, ignorando las posibilidades legales de acercamiento al sistema acusatorio, puntualizadas repetidamente por la Corte Constitucional, las cuales permiten corregir en buena medida los vicios del sistema<sup>19</sup>.*

De ahí que se afirme en los foros académicos, en las oficinas de los abogados litigantes, en todos los órganos jurídicos interesados en el tema del régimen penal colombiano, que ni el anterior Código de Procedimiento Penal, ni el actual, contienen lo mínimo de un modelo acusatorio, sino se quedaron en el sistema inquisitivo apenas reformado.

En el escrito intitulado: "Tiempos promedios del proceso penal en los despachos judiciales del circuito de Santafé de Bogotá"<sup>20</sup>, se revelan estadísticamente varios niveles de congestión judicial y parálisis del sistema por el modelo de proceso penal que nos rige. A manera de conclusiones sostiene este estudio:

*"Estos datos revelan, tanto en la instrucción como en el juicio, y particularmente en lo relativo al uso exagerado de la investigación previa, que es necesario replantear el modelo para poder responder con mayor prontitud y agilidad en la resolución de las controversias penales.*

*De esta manera, el hecho de que se haya mejorado no significa que ese sea el camino de la solución. Una mejoría de diez o quince por ciento (10% o 15%) en la duración, aunque es bastante importante, no toca el fondo del problema, que necesariamente está ligado al modelo del proceso.*

*Es claro que en el caso de la etapa de investigación, prácticamente sobra el tiempo entre la definición de la situación jurídica y la calificación, que representa aproximadamente un cincuenta por ciento (50%) de esta etapa, y un treinta por ciento (30%) de la duración total del proceso en primera instancia.*

---

<sup>19</sup> Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Editado por Alfredo Fuentes y Jaime Granados. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá 1999. p.100

<sup>20</sup> Idem. p. 189

*Similarmente, en el juicio se ve que la práctica de pruebas antes de la audiencia pública genera duplicidad viciosa, de manera que si se concentraran las pruebas en la audiencia pública se ahorraría una cuarta parte de la duración del juicio, y hasta la mitad de la misma en algunos casos”.*

Y esta situación no se modifica con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 (actual C.P.P.), pues es evidente que se mantuvo la obsoleta estructura que se incorporó en el Decreto 2700 de 1991, la cual dista mucho de lo que reclama un sistema de tendencia acusatoria.

Es evidente que no responde el vigente sistema procesal penal a la idea que se trazó desde la Asamblea Nacional Constituyente, que plasmó de alguna manera en la Carta Magna de solucionar los graves problemas de congestión, de impunidad y de formalismo que tanto daño hacen no solo al proceso sino a las personas que acceden a pedir que se les solucionen sus conflictos penales y no encuentran allí la respuesta anhelada, ni en las demás investigaciones oficiosas penales por episodios que perjudican a muchos colombianos ante la proliferación de crímenes violentos y graves, cometidos contra indefensas víctimas.

Por todo lo anterior, urge una estructural reforma al proceso penal y no unas coyunturales y aparentes soluciones parciales que nada aportan materialmente a mejorar ni la administración de justicia ni los mínimos niveles de convivencia pacífica.

### **C) MODELO DESEABLE A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

El punto puede abordarse en el diagnóstico del estado actual de nuestro sistema, confrontando las soluciones que la presente reforma podría aportar, con el fin de determinar su alcance y los beneficios que ella reportaría.

Muchas veces se sostiene, por parte de los detractores del sistema acusatorio, que éste es el que pugna por las garantías, mientras el de tendencia inquisitiva pugna por la eficiencia. Sin embargo, este conflicto es aparente. Nuestro país es una prueba viviente de que el sistema mixto o de tendencia inquisitiva no es eficiente, porque el diseño actual de las instituciones procedimentales no es capaz de responder con prontitud a la protección de los bienes jurídicos que se vulneran cuando se comete un delito.

Prueba de la ineficacia de nuestro sistema es la lentitud de la decisión judicial. Ello se desprende directamente del carácter escrito de los procesos. Cuando comienza la etapa

del juicio, ya existe un voluminoso expediente recopilado por la fiscalía, conformado con las pruebas de cargo, que el juez recibe en forma de expediente, sacrificándose a todas luces el principio de la inmediación probatoria.

Otra prueba es el hecho de que un alto número de quienes se encuentran detenidos no son condenados, sino sindicados cumpliendo con una medida de aseguramiento.<sup>21</sup> Ello demuestra que los fiscales, que tienen radicada en cabeza suya esa función, están abusando de ella. En su primer año de funcionamiento, “la Fiscalía no sólo no redujo el número de personas detenidas por largos periodos sino que ese número creció en un 250%”<sup>22</sup>. El proceso penal no se ha humanizado en nuestro país, no se compadece con el enfoque decidido de la Constitución. Nuestro proceso penal parece pertenecer a un Estado despótico, que no concede ninguna consideración a la dignidad humana (artículo 1 C.P.), la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 superior) ni los derechos fundamentales en general (artículos 11 y siguientes de la Carta).

Este planteamiento no debe interpretarse como una “interferencia” de los jueces en la labor del fiscal, sino como colaboración armónica entre los dos funcionarios, en la cual cada uno hace lo que el otro no puede hacer. La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “Es perfectamente razonable que la ley permita la intervención de los jueces durante la fase instructiva y de los fiscales durante el juicio, (...) pues una de las ideas esenciales de este sistema –el acusatorio– parcialmente adoptado por el Constituyente, es que la verdad procesal surja de un debate contradictorio entre los argumentos de la acusación y de la defensa frente a un tercero imparcial, que es el juez”<sup>23</sup>.

Lo anterior pone de presente que se trata de dotar al Estado de una herramienta de política criminal que efectivamente garantice la existencia de elementos que sirvan para luchar de manera decidida contra el crimen y además reduzca los niveles de impunidad que se presentan.<sup>24</sup>

#### **IV. EXPERIENCIAS COMPARADAS**

Durante los últimos treinta años, diversos estados en el mundo se han ocupado de reformar sus sistemas de procesamiento criminal, buscando la implementación de modelos garantistas, que respeten y desarrollen los instrumentos internacionales que se han desarrollado desde la década de los años cincuenta.

Así, Alemania, Italia, España y Portugal en Europa; Argentina, Chile, Venezuela, Ecuador, Guatemala, Uruguay y Bolivia en Latinoamérica, son ejemplos de reformas

---

<sup>21</sup> Cfr. Rodrigo Uprimny, ob. Cit., p. 89.

<sup>22</sup> Idem, p. 90.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 609 del 1996, del 13 de noviembre de 1996. MP Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>24</sup> Cfr. Uprimny Ob.Cit p. 74

procedimentales que, de acuerdo con las circunstancias propias de cada país, han conseguido implementar esquemas que han arrojado soluciones positivas y sobre todo, han influido para bien en el establecimiento y estructuración de una política criminal adecuada que permita combatir efectivamente el crimen. En efecto, el código penal modelo prevé que una de las formas esenciales de dar vida a un proceso justo es el control popular por medio de la publicidad y oralidad del juicio.<sup>25</sup>

Sin entrar en las particularidades de cada una de esas reformas, es importante resaltar que se encuentran elementos comunes a ellas, siendo los principales:

### **A) IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PREVIA AUTORIZACIÓN DEL JUEZ**

La distintas reformas han sido uniformes al establecer dentro del funcionamiento y estructuración de su política criminal el rol de un fiscal orientador de la investigación, despojado de la función judicial de imponer la medida de aseguramiento, con la finalidad de permitirle elaborar mejor su trabajo de investigador y dejar en manos del juez la toma de decisión sobre la limitación de derechos fundamentales. Por estas consideraciones, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes<sup>26</sup>.

En este orden de ideas, la exigencia de una orden judicial no persigue satisfacer un requisito formal relativo a que a la persona le muestren un papel que ordene su detención. Esta aclaración es pertinente porque la H. Corte Constitucional ha entendido que la orden escrita condiciona la legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental.<sup>27</sup> Sin embargo, es necesario que el sistema de procesamiento criminal que nos rijan, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable "(...) que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió"<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Ada Pellegrini Grinover. "Lineamientos gerais do novo processo penal na America Latina; Argentina, Brasil e código modelo para Ibero-America" en *XII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990), p.1563

<sup>26</sup> Cfr. Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, caso Jiménez, en *la dimensión internacional de los derechos humanos*, editado por el BID y American University. Washington D.C. 1999. Pg. 181 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia C-106/94, C-300/94.

<sup>28</sup> Ernesto Chiesa Aponte. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos" (Bogotá: Forum, 1995), tomo I, p. 237. También véase a ROXIN, Claus (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Pg. 249 cuando dice: "Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento, como para asegurar la ejecución penal."

Esta posición refuerza la necesidad de que sea un funcionario imparcial quien evalúe la razonabilidad de emitir una orden para imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento a un ciudadano envuelto en una investigación. La exigencia constitucional de una orden judicial encuentra su sentido en que el funcionario que está investigando, difícilmente puede determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados. Así se desarrolla mejor la garantía constitucional, en la medida en que se dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal.

En este sentido, establecer que el juez decida si es justificada o no la imposición de la medida de aseguramiento, dota de contenido material la garantía del derecho a la libertad.

Lo anterior no quiere decir que la Fiscalía no pueda actuar como cualquier ciudadano en los casos de la captura en flagrancia, lo mismo que se mantendrían las atribuciones de la captura administrativa, en los eventos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente a partir de la sentencia C-024 de 1994.

## **B) JUICIO PÚBLICO, ORAL, CONTRADICTORIO y CONCENTRADO**

Distintos ordenamientos jurídicos han persistido en la búsqueda de un Juicio público, oral y contradictorio que garantiza la eficiencia del sistema y consigue la reducción de los tiempos del proceso, en la medida en que estando definidas las funciones de investigación y juzgamiento, cambiando el eje del proceso a la última de ellas y garantizando así el cumplimiento de la concentración e inmediación de la prueba, los intervinientes en el proceso cumplen su función más eficazmente, sin conflictos de intereses.

De lo anterior se desprenden tres aspectos: la oralidad, la contradicción y la publicidad.

El primero de ellos, esto es, la **ORALIDAD**, elimina la carga innecesaria de la elaboración del expediente, que es el principal obstáculo para la modernización del sistema y se presta para infinidad de tropiezos durante el proceso. En este sentido, es fundamental *“el fortalecimiento de la oralidad para disminuir aún más el peso de la*

---

[...]

*Debe existir una orden de detención escrita del juez. En ella deben mencionarse detalladamente: a) el imputado, b) el hecho en su naturaleza fáctica y jurídica, c) el motivo de detención y d) las circunstancias de las cuales resultan la sospecha vehemente del hecho y el motivo de detención. La necesidad de la indicación precisa de las circunstancias que justifican la orden de prisión debe servir para evitar órdenes injustificadas y precipitadas...”*

*instrucción [...] significa acelerar el proceso, pero también tiene otra parte importante y es que la discusión frente al juez no escrita, permite filtrar mejor los casos que deben ir a juicio y los que no”.*<sup>29</sup>

El segundo es la **CONTRADICCIÓN**, que permite que acusador y defensa obren en plano de igualdad, que se materialice el derecho de defensa y que el ciudadano vinculado a un proceso penal se tenga por sujeto del mismo y no por objeto de él, dando desarrollo al respeto del derecho al reconocimiento de la dignidad humana,<sup>30</sup> resaltándose que de este esquema surge a la vida el desarrollo de principio de inmediación, pues en la medida en que *“el juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal”*<sup>31</sup> se respeta íntegramente el contenido material de las garantías fundamentales.

Por último se encuentra la **PUBLICIDAD**. Este aspecto merece ser tratado aparte, por cuanto es la forma de darle transparencia al proceso y además, reconocer que la comunidad tiene el derecho de conocer el acontecer del proceso, máxime cuando se trata de transgresiones a la ley penal. Esto además permitirá que no se presenten situaciones como las actuales en donde la filtración de información (piezas procesales aisladas) a los medios de comunicación tergiversan el contenido del proceso y generan múltiples daños a las personas vinculadas a él, en la medida en que se les estigmatiza, desconociendo entonces el principio constitucional de la presunción de inocencia. En este sentido se ha pronunciado gran parte de la doctrina, posición que se sintetiza en: *“La publicidad (...) asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial (...) los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor”*<sup>32</sup>.

Así las cosas, el juicio oral ha sido concebido en los diferentes ordenamientos como la fase reina del proceso penal, etapa en la cual se desarrollará la única actividad probatoria con eficacia suficiente para destruir la presunción de inocencia, mediante la práctica de dichas pruebas realizada bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

---

<sup>29</sup>Fernando Cruz. *Las experiencias de reforma procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia*. 1995. p. 28

<sup>30</sup> Cfr. Julio B. Mayer. “Democracia y administración de justicia Penal en Iberoamérica - Los proyectos para la reforma del sistema penal” en *Reformas Procesales en América Latina* (Buenos Aires: Corporación de promoción universitaria). P. 34.

<sup>31</sup> Idem, p. 34

<sup>32</sup> Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón* (Madrid: Trotta, 1995), p. 616

### **C) EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA EN LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN CONTRA LOS MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

En diferentes países se han adoptado en mayor o menor grado, la garantía de la doble instancia y el principio acusatorio para los procesos penales que se surtan en contra de los funcionarios del Estado, específicamente, aquellos de los cuales sean sujetos los miembros del órgano legislativo.

En España se adoptó un sistema mixto con tendencia acusatoria, en la medida en que si bien es el Tribunal Supremo el encargado de investigar y juzgar a los Senadores y Diputados, el Ministerio Fiscal (Fiscalía General de la nación en Colombia) interviene en el proceso como requirente, y además, hace parte del proceso un funcionario instructor, quien es uno de los magistrados de la Corte Suprema cuyas funciones equivalen a las de un juez de instrucción, a quien le está prohibido participar en el juicio<sup>33</sup>.

Por su parte, la legislación alemana igualmente ordena el nombramiento de un Juez Instructor en la Sala Penal del Tribunal Supremo Federal<sup>34</sup>, lo cual hace referencia al principio acusatorio. Las decisiones de este Juez son recurribles en segunda instancia<sup>35</sup> en los casos establecidos por la ley.

En Venezuela, se establece un sistema acusatorio puro y el principio de la doble instancia, artículos 377 a 381 del Código de Procedimiento Penal de 1998, por los cuales tras el inicio de la investigación, el Fiscal General de la República presenta querrela (concebida como condición de procedibilidad) ante la Corte Suprema de Justicia, quien determinará si hay lugar a enjuiciamiento. Si se declara que hay lugar a juicio y se trata de delitos comunes, la Corte remitirá el caso al tribunal ordinario competente cuyas decisiones son recurribles ante la Corte de Apelaciones.

Finalmente, la Ley 24.050 de 1991 de Argentina dispone en su artículo 6 que uno de los ministros (magistrados en Colombia), miembro de la Corte Suprema, será nombrado juez de instrucción para los casos de competencia originaria de la Corte. Dicho juez de instrucción no podrá intervenir en el juicio al igual que en el caso de la legislación española.

En otros sistemas procesales se establece el sistema de antejuicio por parte del congreso, que consiste en que el Congreso, o la Cámara a la que pertenezca el acusado, atiende la acusación y determina si hay lugar a formación de causa, en cuyo caso el

---

<sup>33</sup> Ley 9 de 1912 art. 1, Ley Orgánica 6 de 1985 art. 57.1 num. 1 y 2, Ley Orgánica 2 de 1987 arts. 1; 3 num. 5; 5 y 17.

<sup>34</sup> Ley Orgánica de los Tribunales de 1975 párrafo 130.

<sup>35</sup> Ob. Cit párrafo 135 (2); Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1975 reformada en 1984, párrafo 304 (5).



miembro del congreso resulta desaforado y se somete a la jurisdicción ordinaria. Este sistema garantiza entonces la doble instancia y el principio acusatorio. Se encuentra, entre otros países, en Bélgica (artículo 59 Constitucional) en Chile (artículo 58 Constitucional), Costa Rica (artículo 110 Superior), Ecuador (artículo 137 Constitución Nacional), Guatemala (artículo 161 literal a de la Carta), Honduras (artículo 200 Superior), Paraguay (artículo 191 Constitucional) y Perú (artículo 93 Superior).

Sistemas como el boliviano mezclan los descritos anteriormente. De conformidad con los artículos 52 y 118 de la Constitución de Bolivia, el Congreso determina si hay lugar a la formación de causa, y una vez hecha esta determinación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sustancia el proceso y el juzgamiento lo realizan las otras salas de dicha Corporación.

Por otra parte, la Constitución Uruguay divide el sistema: si se trata de un delito común no grave, el sistema es de antejuicio, es decir, el Congreso determina el desafuero del congresista y éste se somete a la jurisdicción ordinaria (artículo 114 Superior). Pero si se trata de "violación de la Constitución u otros delitos graves" (artículo 93 Constitucional), la Cámara de Representantes acusa ante el Senado, sin importar a qué cámara pertenece el acusado.

## V. LOS CAMBIOS PROPUESTOS

### A) REFORMA DEL ARTÍCULO 250 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. LAS PRINCIPALES FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Uno de los principales artículos objeto de la presente reforma es el actual artículo 250 de la Constitución, el cual contiene las principales funciones de la Fiscalía General de la Nación. En su postulado inicial y genérico, no se muta sustancialmente nada de lo que ya existe y rige desde 1991. No obstante y para precisar, se sustraen las palabras "**juzgados y tribunales competentes**" y se incluye únicamente "**juez de la República**". La razón es que genéricamente la palabra juez convoca a quienes fungen como servidores públicos administrando justicia, bien que lo hagan como cuerpo colegiado (Tribunales y Corte) o unipersonalmente (Juzgados).

Cuando el postulado manda que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde, oficiosamente o a través de la excitación particular por denuncia o querrela, "**investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores**" se atribuye a esa entidad el monopolio exclusivo de la investigación y acusación de las conductas punibles. Es así que ni siquiera el Presidente de la República con base en facultades de excepción, podría atribuir esta función a entidades diferentes a la Fiscalía General de la Nación. Por ello, no se podrán crear jurisdicciones especiales para la persecución o investigación de selectivos delitos. Desde luego, se enuncia, que existe una excepción, cual es la

instrucción de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, siempre y cuando se cometan en servicio activo o en relación con el mismo servicio.

Permitaseme elaborar el siguiente cuadro comparativo del artículo 250 actual y de la que proponemos:

<b>ARTÍCULO ACTUAL</b>	<b>ARTÍCULO PROPUESTO</b>
<p><b>Artículo 250.</b> Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:</p>	<p><b>Artículo 250.</b> Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, <b>petición especial</b> o querrela, <b>desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal.</b> Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá:</p>
<p>1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.</p>	<p><b>1. Solicitar al juez de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, las que procuran la conservación de la prueba y la protección de la comunidad; así mismo, aquellas necesarias para la asistencia inmediata a las víctimas y hacer efectivo el restablecimiento del derecho.</b></p> <p><b>Excepcionalmente, la ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas administrativas. En estos casos, el juez de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.</b></p> <p><b>El juez de control de garantías, no podrá ser en ningún caso, el juez de conocimiento.</b></p>

<p>2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.</p>	<p>2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos, el juez de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, contadas a partir de su conocimiento.</p>
<p>3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.</p>	<p>3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.</p>
<p>4. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.</p>	<p>4. Aplicar el principio de oportunidad en las causales definidas en la ley.</p>
<p>El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.</p> <p>La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.</p>	<p>5. Solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar.</p> <p>6. Presentar escrito de acusación ante el juez competente, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.</p>
	<p>7. Solicitar ante el juez competente la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.</p>
	<p>8. Solicitar ante el juez competente las medidas necesarias para la reparación integral a las víctimas. Igualmente, velar por la protección de las víctimas, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.</p>

	9. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
	El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

Ahora bien, la sustancial reforma respecto de las funciones de la Fiscalía del artículo 250 de radican en lo siguiente:

1. La fiscalía *deberá solicitar* al juez de control de garantías (numerales 1 y 5) o al juez competente (numerales 6, 7 y 8) :
  - A) la adopción de las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal o aquellas que se dicten para conservar prueba y proteger a la comunidad.
  - B) el inicio de un juicio oral, público, contradictorio y concentrado cuando exista prueba necesaria para ello,
  - C) la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar. podrá dar aplicación al principio de oportunidad, con sujeción a la ley.
  - D) Las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios generados por el delito
2. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
3. Permitir el examen de control de legalidad por parte del juez de control de garantías, cuando haya que adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la diligencia.

Como puede observarse, aquí se hacen trascendentales cambios en lo referente a las funciones judiciales que han venido desempeñando el Fiscal General de la Nación y sus delegados como titulares de la acción penal durante la etapa procesal denominada INVESTIGACIÓN, lo que indudablemente redundará en el fortalecimiento de la capacidad de la Fiscalía en la lucha contra el crimen.

Así debe destacarse la dificultad permanente que se presenta actualmente en el proceso penal se da cuando el Fiscal descubre, admite, practica y recauda la prueba, en calidad

de investigador y como titular de la acción penal en esta fase del proceso. Y, posteriormente, o muchas veces simultáneamente evalúa la prueba, ya no como fiscal, sino como juez en el ejercicio propio de las funciones judiciales que le han sido encomendadas, desde la propia Constitución y la ley.

Lo anterior depara, un pronóstico judicial contra toda posibilidad de defensa del proceso y una mal aplicabilidad del principio de neutralidad o imparcialidad que caracteriza al juez. Ya que si el Fiscal tiene como misión la de detener y acusar, debe descubrir y recaudar la prueba desfavorable al procesado, tiene que buscar toda evidencia que sea contraria a la presunción de inocencia, debe mirar al procesado como verdadero criminal o delincuente para acusarlo posteriormente ante el juez, pero valorando previamente por él mismo la prueba, supuestamente como juez mesurado, discreto, ponderado, equilibrado, sin poner la balanza a favor de la Fiscalía, sino balanceada de un lado con la prueba de la entidad acusadora y en el otro la prueba de la defensa, para que fungiendo como Juez, tomar la decisión sólo bajo el imperio de la ley y la majestuosidad de la justicia. Situación Jurídica que por su propia naturaleza, ha resultado absolutamente adversa al honor de la independencia, autonomía e imparcialidad del FISCAL JUEZ que tenemos en el actual sistema procesal y que se ha diseñado desde la propia norma citada, artículo 250 de la Constitución Política. De ahí la necesidad imperante y urgente de su modificación.

A tono con los cambios sugeridos se propone una manera de resolver la situación jurídica del procesado distinta de lo que corresponde al aseguramiento del probable infractor de la ley penal para que comparezca al proceso. Aunque pueda el Fiscal tomar las medidas necesarias para evitar que se produzca una fuga del procesado de haber cometido una conducta punible; pero lo que no puede el Fiscal, es seguir decidiendo la situación jurídica limitando la libertad del sujeto. Debe sí, comparecer junto con el sindicado ante un juez de la república para presentarle la prueba por él recaudada y que sea el juez, quien bajo la facultad de la absoluta autonomía e independencia, decida si profiere o no medida de aseguramiento basado en la exigente prueba como para ordenar la detención o no de una persona, o la medida asegurativa que corresponda a la gravedad del delito o la participación del procesado en la comisión de la conducta punible.

Lo que se garantiza realmente es:

- que quien descubre y asegura la prueba no contamine al funcionario que va a practicarla y evaluarla.
- la inmediación de la prueba, facilitando el ejercicio de la contradicción y la defensa.
- una decisión independiente, autónoma e imparcial proferida por el juez

B) El Fiscal deberá requerir al juez el inicio del juicio público y oral como consecuencia de su decisión acusatoria a partir de la convicción de haber recaudado únicamente la prueba necesaria. No es forzoso haber perfeccionado la investigación. Este es un lastre que viene del Código de Procedimiento Penal de 1971 que hizo metástasis en todos los jueces penales municipales, de instrucción criminal, del circuito y superiores, a tal punto que aún hoy, después de diez años de haber desaparecido textualmente del Código de Procedimiento Penal de 1991, todavía casi la totalidad de los Fiscales imponen como requisito *sine qua non* para cerrar las investigaciones penales, que se haya "perfeccionado en lo posible la investigación", con la consabida lentitud manejada por el Fiscal recurriendo a criterios subjetivos para mantener *sub iudice* la investigación y al procesado hasta que en su fuero interno, muchas veces, sin practicar ni una sola prueba durante años, se convenza que ha "perfeccionado en lo posible la investigación". Característica propia, entre otras cuestiones, del sistema inquisitivo, donde por existir una sola etapa instructiva y sin la presencia de dos roles distintos aplicados por funcionarios diferentes, resulta indiferente que se recaude insuficiente o todo el caudal probatorio en la fase sumarial o en el débil juicio secreto, privado y escrito.

A pesar que el artículo 29 de la Constitución Política literalmente impone la vigencia de un juicio público sin dilaciones injustificadas, sucede exactamente todo lo contrario en la práctica judicial. Ni el juicio es verdaderamente público ni la intención del juez, fiscal y defensor es evitar dilaciones injustificadas. Con clara vulneración de principios, garantizados desde la Constitución, entre otros, de la economía procesal y de la materialidad del acceso democrático y participativo de la comunidad al juicio cuando realmente debiera ser público.

Tratadistas de todos los tiempos han abogado por la publicidad de los juicios y de la práctica de las pruebas en el juicio. BECCARIA en su obra "De los delitos y las penas", clamaba para que los juicios fueran públicos porque así el pueblo romano a través de su opinión que muchas veces era el cimiento de la sociedad, expresara que concurriendo a juicios públicos no se sentía esclavo sino defendido. O bien, Jeremias Bentham<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> *Si la publicidad es necesaria para asegurar la probidad del juez, no lo es menos para fundamentar la confianza del público. Supongamos, contra toda verosimilitud, que una justicia secreta fuese siempre bien administrada, ¿qué se ganaría con ello?*

*Apenas nada. La integridad estaría en el corazón de los jueces y la injusticia se pintaría sobre sus frentes. ¿Cómo el público podría conceder el título de JUSTOS a hombres a quienes ve adoptar una conducta en la que sólo la injusticia puede triunfar y la probidad no puede sino perder?.*

*"El Tribunal de la Feme, la inquisición, el Consejo de los Diez, han deshonrado a los gobiernos que los adoptaron. Tal vez se les ha imputado infinitamente más crímenes de los que han cometido, pero los partidarios del secreto son los únicos que no tienen derecho a quejarse de calumnia".*

*"No basta que el juicio haya alcanzado efectivamente su FIN JURIDICO, o sea, el de conducir al exacto conocimiento de la verdad, en cuanto se haya condenado al VERDADERO CULPABLE, y se le haya condenado tan solo en la medida que merecía, sino que es preciso que esto SEA CREIDO por el pueblo. Tal es el fin POLITICO de las formas procesales, y cuando estas formas no se observan, entonces la confianza pública en la justicia del fallo no sería ya sino confianza en la sabiduría y la integridad del HOMBRE que juzga, y que no todos pueden tenerla; pero cuando esas formas se observan, la confianza pública se apoya racionalmente en esa observancia".*

enseñaba que la "publicidad es el alma de la justicia" o, que lo propio de los delincuentes es esconderse para cometer en privado y secreto los delitos, mientras que los jueces no pueden esconderse para administrar justicia.

Todo lo anterior para convencer de las bondades de aplicar al juicio penal el principio de la PUBLICIDAD en toda su comprensión y preparación; teniendo desde luego la logística necesaria para su exacta dimensión y aseguramiento de la prueba allí vertida, de las intervenciones de los sujetos procesales y la palabra del juez dirigiendo la audiencia pública.

Ahora bien, en lo atinente al principio de oralidad que es consecuente y coherente con el de publicidad consideramos que de no imponerse desde la Constitución Política, se queda en las simples buenas intenciones, así se regule en la ley. El uso adecuado de la palabra, por el juez y las partes en el proceso penal, ayudan a que la audiencia sea verdaderamente útil, menos extensa y más concreta<sup>37</sup>. De otra parte, la originalidad de las deposiciones de los testigos o peritos en la audiencia hacen confiable y fiel la comprensión de lo que realmente se dice por el declarante. No sucede lo mismo, con la forma tradicional de acopiar la prueba a través de la escritura, donde no siempre está presente el fiscal o juez dirigiendo la prueba, sino que se ha vuelto costumbre inveterada y casi en el asombroso porcentaje de un 95% de diligencias testimoniales, las recibe cualquier servidor (secretario, técnico, escribiente, citador, sustanciador) con las virtudes o defectos que tenga el empleado, preparado o no para tan delicada tarea, las mas de las veces con la indiferencia propia de un trabajo que no le corresponde y que no le interesa.

Además se pierde desde el comienzo, la intermediación de la prueba por parte del fiscal o juez que así actúa, que labora mediatizadamente, a través de terceros, cuando su labor judicial le impone la necesaria inmediatez en la recepción de este medio probatorio.

El profesor italiano Pagano nos dijo acerca del tema de la oralidad contrario al uso de la escritura; lo que sigue:

*"La escritura, como bien dice Sócrates ante Platón, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunica en el espíritu....En la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo,*

---

<sup>37</sup> Cfr. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Tribunal Constitucional Español, sentencia 93-1994, 21 de marzo: "(...) Este Tribunal, desde la STC 31-1981, ha venido afirmando en una línea jurisprudencia muy consolidada que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los Tribunales penales las producidas en el juicio oral, único momento en el que se encuentra asegurada la vigencia de las garantías constitucionales de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad".

*por usar la frase de Tulio, como mas interesante es también más verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden en la muda escritura, faltando al juez los más claros y ciertos argumentos".*

Desde Carrara, en su Programa de Derecho Criminal, hasta nuestros días se defiende la imperiosa necesidad de implementar en el proceso penal la oralidad. Chiovenda, Jofré, Alsina, Florian, entre otros, respaldan este principio.

El juicio concebido como la base del sistema acusatorio y como el momento prioritario del debate probatorio, será donde se han de ordenar y practicar las pruebas de tal forma que se garantice la inmediación de las pruebas con el juez, y se asegure así su imparcialidad. Mediante la creación de verdaderos juicios orales y públicos, se garantizará también un balance de poderes. Esto gracias a que el juicio permitirá que la decisión del juez acerca de la culpabilidad del imputado, será el producto de un debate entre dos partes iguales –acusador y defensa- , y gracias a que las pruebas que fundamenten la sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, serán practicadas en juicio ante el juez y no únicamente durante la instrucción, fase en la cual el fiscal es quien ejerce todo el control y no existe participación alguna por parte del juez de conocimiento.

De ahora en adelante no puede haber juicio penal privado, secreto y escrito, bajo la premisa constitucional que se pretende reformar. Por lo tanto, tendremos gradualmente en la medida de la capacitación total de fiscales, jueces y defensores, de la dotación completa, técnica y útil de las salas correspondientes; donde celebrar las audiencias totalmente publicas y sustancialmente orales.

C) De la misma manera y siendo coherentes es menester que sea sólo el juez de conocimiento quien tome la decisión de precluir la instrucción. Esta es claramente una decisión judicial y por lo tanto debe ser únicamente el juez quien profiera tan importante providencia basado en la prueba plenamente demostrativa de las causales de exoneración o ausencia de responsabilidad penal.

No obstante, reconociendo la prelación del principio de legalidad, en torno a este tópico procesal, se incluye como una novedad constitucional el **principio de oportunidad**, aunque dicho sea de paso, en el actual régimen procesal penal, tenemos su aplicabilidad en forma larvada, como por ejemplo: las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción; o, bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial.

En una conferencia, pronunciada por el doctor Fernando Arboleda Ripoll planteando "Pautas para el perfeccionamiento del procedimiento penal" considera, ante el mal funcionamiento de la justicia penal en Colombia generador de fenómenos de



congestión, que se podrían formular tres elementos para mejorar la administración de justicia; mencionando como último punto lo siguiente:

*" ...Es preciso hacer explícito el principio de oportunidad también con un análisis anticipado de sus efectos. De esta forma se complementan los instrumentos que en nombre de ese principio ya aparecen incorporados en el proceso penal...un elemento clave con miras a la perfección del proceso penal se halla en la necesidad de hacer explícito el **principio de oportunidad** ya existente. Los esfuerzos que hasta ahora ha hecho el país por su implantación y las aplicaciones logradas en el campo de la conciliación, la terminación del proceso por indemnización integral, la sentencia anticipada, la audiencia especial y todos aquellos otros mecanismos de la estructura del proceso penal, se podrían complementar con una cláusula general en la cual se hiciera explícita la aplicación del principio de oportunidad y se incorporaran allí otras alternativas. De esta forma, se daría apertura a la posibilidad de terminar o de suspender el trámite de procesos sencillos, para poder llevar la aplicación notoria de la justicia penal a asuntos mucho más graves; se abriría la probabilidad de prescindir de la pena en algunos casos, de llevar la conciliación a otro tipo de conflictos de los que se ocupa en la actualidad la justicia penal, como el caso de la violencia intrafamiliar. Por supuesto, la aplicación de cada uno de esos instrumentos complementarios, a los que ya tiene incorporados el proceso penal, tendría que hacerse dentro del referido marco del cálculo anticipado de los costos sociales y del sistema, de cómo se afectan otros momentos e instrumentos del mismo órgano judicial penal".*

Es importante este pronóstico de enfrentar la adversidad que se le hace a la Justicia, como un aporte y anhelo de mejoramiento continuo en esta noble labor para resolver los conflictos menores que a diario se presentan y en cantidades, cuando muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos tutelados por el legislador, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica.

El **principio de oportunidad** se concreta en constituir una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal. Supone la posibilidad de abstenerse de perseguir determinadas conductas punibles, o de suspender el procedimiento en curso, con o sin condiciones para ello, en atención a factores diversos, inmersos en una concreta política criminal rectora en un momento y lugar dados.

El ***principio de oportunidad***, se ha introducido progresivamente en diferentes ordenamientos europeos como en Italia, Portugal, España, siendo en Alemania donde más detalladamente se consagra en su normatividad orgánica procesal penal<sup>38</sup>.

En el Derecho Anglosajón, ***el principio de oportunidad*** constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty; confesión dirigida a evitar el juicio; y del plea bargaining; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado<sup>39</sup>.

La filosofía de este ***principio de oportunidad*** radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer mas eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima; y, se le otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible.

Bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en ejercicio del ***principio de oportunidad*** y en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

D) Por otro lado, la Fiscalía General en procura de hacer menos nocivas las consecuencias del delito para la víctima o sus familiares, puede solicitar al juez de control de garantías que imponga las medidas cautelares respectivas para garantizar la indemnización de perjuicios irrogados con la comisión de la conducta punible. El restablecimiento del derecho ocupa hoy un lugar destacado en los principios fundamentales del debido proceso.

Para el profesor Binder<sup>40</sup>, este restablecimiento del derecho se encuentra plasmado en lo que él llama "el esfuerzo de pacificación", lo cual corresponde a una de las cuatro metas que debe alcanzar de la reforma de la justicia en América Latina. Este esfuerzo de pacificación implica rescatar el concepto de reparación integral. Señala que la justicia penal tiene que darle paso a la reparación y la satisfacción del daño como una de sus finalidades. En los sistemas actuales, la víctima ha sido la excusa para degenerar el

---

<sup>38</sup> Véase Ley Procesal Alemana (StPO), artículo 253: "No persecución de asuntos de poca importancia (1) Si el proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, **con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal**, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiera interés público en la persecución (...)".

<sup>39</sup> Ernesto Chiesa. "La Discreción del Ministerio Fiscal para Acusar" en *Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, vol 3, p. 71 y ss.

<sup>40</sup> Alberto Binder, "Las experiencias de reformas procesales en América Latina", en *Las experiencias de reforma procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia*, La Paz: Ministerio de Justicia de Bolivia-USAID, 1995.

sistema el cual se fundamenta en reivindicar su dolor sin realmente conseguir una reparación de los perjuicios que haya podido sufrir. En palabras de Binder "La víctima ha sido cruelmente tratada en nuestros sistemas de justicia penal, ha sido una excusa para montar todo un sistema judicial que en última instancia se fundamenta, se legitima, en que va a satisfacer en el dolor a la víctima pero sin darle una verdadera satisfacción."<sup>41</sup> Esta sólo pide que se le repare el daño, lo cual sí pacifica, a diferencia del castigo que no lo hace a pesar de ser legítimo y justo. Al respecto señala Binder, "Que haya personas en la cárcel no pacifica, es simplemente un traslado de la violencia de un lugar a otro, no es una verdadera pacificación, independientemente del que sea necesario". Así, permitir que la ley pueda fortalecer los mecanismos de justicia restaurativa y de reparación integral a las víctimas, permitirá facilitarles una real indemnización de los perjuicios que hayan podido sufrir con ocasión al delito perpetrado.

Es así como esa norma rectora tiene trascendental importancia para proteger los derechos de la persona que no ha tenido voluntad alguna en hacerse a la comisión de un delito, sino que es llevada a él o escogida involuntariamente de su parte, pero sí de la intencionalidad criminal del delincuente y por lo tanto, ha menester que el fiscal, quien tiene la posibilidad desde la iniciación del proceso de obtener y recaudar toda la prueba tendiente a demostrar los perjuicios, su cuantía, la legitimación para la reclamación, la titularidad o dominio sobre el bien objeto del proceso, pueda llegar el acopio de prueba recogido oportuna y regularmente, para ante el juez a fin de que éste, haga un pronunciamiento de los perjuicios civiles en forma concreta y no abstracta, pero eso sí, con elementos de juicio creíbles y confiables para que la víctima reciba la protección judicial inherente al restablecimiento de su derecho. No más, pero tampoco menos.<sup>42</sup>

2. El Fiscal deberá, en el ejercicio de la función investigativa, descubrir la prueba necesaria o suficiente, teniendo en cuenta y aplicando la cadena de custodia de las evidencias materiales, para presentarlas y practicarlas por ante el juez competente acusando al procesado para que se le llame a juicio público y oral. Promueve, amparado

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>42</sup> Cfr. Gustavo Gómez cuando sostiene que: "*El funcionario judicial debe restituir al propietario, poseedor o tenedor el bien material del ilícito, excepción hecha de aquellos que deben entregarse al Estado.*"

*Es que por causa de la unidad de jurisdicción, en el juez penal se aglutinan no sólo las facultades para decidir acerca de la acción penal sino también para desatar aquellas que aparentan un carácter privado. De tal modo se piensa porque se tiene el poder-deber de procurar que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del suceso delictivo (restitutio in pristinum). Las trascendentales repercusiones que en la sociedad causa el hecho punible, implican que el funcionario pueda tanto castigar al responsable como hacer todo lo necesario para que el damnificado recobre el statu quo que tenía antes de la ocurrencia delictuosa. El aspecto, de otro lado, se emparenta con la llamada extinción del dominio, o mejor, con la liberación de toda atadura, con apariencia jurídica, que procura mantener las cosas en el ámbito del delincuente, de sus partícipes, familiares, etc., y evitar su devolución al Estado, al ofendido o a quien tiene derecho de mantenerlas como propias". En Código de Procedimiento Penal Comentado. I. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998)*

y autorizado por la Constitución, su función requirente de la acusación acorde a la prueba necesaria, a la prueba útil, idónea, legal, pertinente y suficiente para que se convoque a audiencia o causa eminentemente pública y necesariamente oral.

3. La existencia de un examen de control de legalidad inmediato por parte del juez de control de garantías, cuando el fiscal haya adelantado registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, resulta de vital importancia para proteger de mejor forma las garantías procesales e insistir en el esfuerzo garantista que debe caracterizar un sistema acusatorio.

Mediante una diligencia de allanamiento o la interceptación de una llamada telefónica, se limitan derechos fundamentales del procesado, como el derecho a la intimidad. Es coherente, que un tercero imparcial, evalúe la viabilidad de dicha medida y sopesa la necesidad de averiguar la verdad procesal acerca de la comisión del delito, frente a la obligación de hacer valer a cabalidad los derechos fundamentales del sindicado. Y este tercero imparcial debe ser únicamente un juez, ya que el fiscal, debido a la naturaleza de la tarea que se le impone, no puede ser neutral frente a estas consideraciones. Este último, en su tarea de ente acusador, genera durante el proceso de investigación de un delito una idea preconcebida de la culpabilidad del imputado. Esto es apenas normal y es así como debe funcionar la psiquis de un funcionario a quien su trabajo le impone la obligación de buscar indicios y construir hipótesis a través de ellos, para así poder formular una acusación que persevere en la etapa de juzgamiento. Ahora bien, este funcionario que ha trabajado motivado por el desafío que representa el descubrir la verdad, y para quien cualquier objeto o versión es una prueba incriminatoria en potencia, no considerará mayormente la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales del sindicado, sino que le dará más peso a su obligación de conseguir respuestas certeras dirigidas a clarificar la comisión del delito. Dicha evaluación la hará influenciado por el deseo de querer confirmar su hipótesis inicial respecto de la culpabilidad del acusado.

Es necesario permitir que el juez sea entonces quien lleve a cabo la evaluación de medidas como las mencionadas, ya que este tipo de decisiones en cabeza del fiscal, resultan potencialmente violatorias de los derechos de los sindicados que se ven sometidas a ellas. Dicho examen posterior e inmediato permitirá confirmar la necesidad que motivó al fiscal para adelantar la incautación o interceptación telefónica, según sea el caso, a la luz de consideraciones respecto de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida.

Por otro lado, la adopción de dicha medida no resultaría contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es coherente con la colaboración que debe predicarse de los funcionarios del aparato judicial. El profesor Polo Montalvo hace alusión a una situación análoga, donde lo único que cambia es la medida que lleva a cabo el fiscal -en este caso se trata de la medida de aseguramiento- y el derecho fundamental en cuestión -la libertad-. Sin embargo, sus argumentos son aplicables a nuestro caso. Y paso seguido

añade : "Además, es perfectamente congruente con el espíritu garantista de la Carta que se extremen los rigores frente a medidas que, como los autos de detención o las órdenes de allanamiento, limitan los derechos fundamentales, como la libertad o la intimidad, por lo cual es perfectamente legítimo que el legislador pueda establecer la intervención facultativa u obligatoria de los jueces durante esta fase instructiva, con el fin de controlar al ente acusador y proteger en la mejor forma posible las garantías procesales." <sup>43</sup>

En el derecho comparado, existen muchos casos en los que no se aplica un control previo a ciertas medidas adoptadas por el Ministerio Público, sino que se contempla un control posterior a las mismas.

En muchos países, la legislación que autoriza el allanamiento sin orden judicial, y con su correspondiente control judicial posterior, aparece como una medida de emergencia, creada para enfrentar el terrorismo. Países como Perú, España, Francia, Gran Bretaña y República Federal de Alemania sólo por excepción permiten allanamientos a domicilios e interceptación de comunicaciones sin previa autorización judicial. Se trata de países que han debido enfrentar duras acciones terroristas con motivaciones políticas. Este es el caso de la legislación española que permite a los agentes de policía "proceder de propia autoridad" a registrar el lugar o domicilio de presuntos responsables de actos terroristas. Del registro debe darse cuenta inmediata al juez competente indicando las causas que lo motivaron (Ley de enjuiciamiento criminal modificada por la ley orgánica 4 de 1988, art. 533). De la misma manera, la intervención de las comunicaciones telefónicas, cuando fueren llevadas a cabo por decisión del Ministerio del Interior o del Director de Seguridad del Estado, en el Reino Unido debe ser comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez competente, permitiéndole a este último, llevar a cabo el control judicial respectivo.

El control judicial posterior también se aplica en materia de requisas personales, en tales eventos que se puedan ver comprometidos los derechos fundamentales de quienes se ven obligados a someterse a ellos. El tribunal Supremo de España establece que, en los casos en los que un individuo se vea sometido a un examen radiológico cuyo objeto es examinar la presencia de droga en su organismo (inspección del cuerpo humano que incide directamente sobre el ámbito de la propia intimidad), la autoridad que haya decidido llevarlo a cabo deberá permitir un control judicial posterior. Así las cosas, los agentes policiales que decidan qué personas deben someterse a dichos controles, deben expresar las razones justificadoras de la intervención que no puede fundarse en una sospecha inconcreta e indefinida, debiendo dejarse constancia documental bastante

---

<sup>43</sup> Joaquín Polo Montalvo, Ob. Cit, p. 150. *"Igualmente, con base en el criterio de colaboración armónica entre fiscales y jueces, esta Corporación ha considerado que son perfectamente constitucionales disposiciones como las que permiten el control por los jueces de las medidas de aseguramiento. Para la Corte es claro, que si bien los fiscales pueden dictar estas medidas, en ninguna parte la Constitución prohíbe que éstas estén sujetas a controles previos o posteriores por los jueces, pues la Carta no ha establecido un monopolio de los fiscales de la instrucción, ni de toda la actividad investigativa."*

sobre la aceptación voluntaria del control y del respecto de los derechos fundamentales.<sup>44</sup>

Por su parte, el Tribunal de Buenos Aires, considera que, para los casos en los que la policía realice requisas sobre las ropas de detenidos con el ánimo de verificar si el sujeto tenía en su poder otros elementos del delito, sin una orden judicial, son situaciones de excepción, que le impone la obligación a dichos funcionarios de dar inmediato aviso al órgano judicial competente. En los supuestos de excepción, deberán mediar motivos suficientes para el registro personal, y la urgencia deberá fundarse en circunstancias objetivas que deberá en definitiva quedar sujetas al control judicial, para lo cual se establece la citada obligación de comunicar al juez competente.<sup>45</sup>

Según lo anterior, el control judicial estará a cargo del juez de control de garantías, sobre la legalidad de medidas llevadas a cabo por el fiscal, deberá evaluar cuáles de esas actuaciones se hallan respaldadas por motivos suficientes -razonables o fundados-. Es decir, que las razones que motivaron al fiscal para adoptar alguna de estas medidas durante la investigación, se encuentren apoyadas por motivos razonables, y no simples sospechas de que el individuo que se ve sometido a ellas, oculta cosas relacionadas con un delito.

De esta forma los siguientes puntos permiten establecer la conformidad que en el Derecho Internacional se da sobre la orden expedida por el fiscal con el control posterior e inmediato del juez cuando se trate de una medida que afecte el derecho a la intimidad, lo que implica que con el proyecto se aumentan las garantías que hoy en día rodean al procesado cuando se trata de la decisión que toma el fiscal sobre una medida que afecte el derecho a la intimidad:

1. La Constitución Política de 1991 en su artículo 28 consagra una cláusula expresa sobre la reserva judicial en materia de registros y allanamientos.
2. Hasta el momento se ha interpretado que la Fiscalía General de la Nación, por ser parte de la rama judicial y por tener las funciones de investigación, acusación y policía judicial, puede tener la función de decretar registros y allanamientos (artículo 572 decreto 2700 de 1991 y artículo 534 C.P.P.).
3. En consonancia con lo anterior, desde una perspectiva material, se ha cuestionado si en una modificación a la Constitución sea necesario que dicha función pase a ser competencia de un juez de la República aún cuando la Fiscalía General siga perteneciendo a la rama judicial del poder público, pues se ha sostenido que por el bloque de constitucionalidad Colombia estaría en la obligación internacional de hacerlo.

---

<sup>44</sup> Tribunal Supremo de España, sentencia de enero 26 de 2000, Magistrado Ponente : Joaquín Jiménez García.

<sup>45</sup> Sala III de Casación Penal, Tribunal de Buenos Aires, abril 27 de 1994.

4. Es necesario anotar que si bien es cierto que la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 11.2, así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17.1 regula la materia, no es menos cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C- 400/98 y C- 774/01) ha establecido que esta garantía no hace parte del bloque de constitucionalidad porque en los términos del artículo 27.2 de la CIDH puede ser limitada en los estados de excepción.
5. Los mencionados pactos, lo mismo que el Pacto Europeo de Derechos Humanos (artículo 8), no constituyen fuente normativa del *ius cogens* a los efectos del artículo 94 de la Carta en cuanto a los efectos de la orden judicial previa como garantía de la salvaguarda del derecho a la intimidad. En efecto, el artículo 8 del Convenio Europeo en su versión recodificada por el Protocolo 11 que entró a regir el primero de noviembre de 1998, establece que no podrá haber injerencia de autoridad pública en cuanto a la vida privada o familiar, en el domicilio o la correspondencia, a menos que se trate de una autorización prevista en la ley y que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática. Esta posición es contraria al tratamiento que el convenio le da al debido proceso (art. 6.1) en cuanto al tribunal independiente e imparcial, o la protección al derecho a la libertad (art. 5.1 y 5.3), caso en el cual sí se requiere de orden judicial para su afectación.
6. Por su parte el Pacto de derechos Civiles y Políticos (art. 17.1), prohíbe la injerencia arbitraria o ilegal y la CIDH (art. 11.2) hace referencia a la injerencia arbitraria o abusiva.
7. En este sentido, la jurisprudencia que ha desarrollado el alcance de esta garantía, es en su mayoría obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Este Tribunal, ha establecido los linderos de la protección, en términos tales de que lo importante, decisivo o trascendental, no es la intervención judicial previa, sino la existencia del control judicial posterior que garantice la tutela efectiva del derecho. Así, por ejemplo, **en materia de interceptación de correspondencia** los casos: *Klass y otros vs. Alemania* (06/09/78) *Foxley vs. Reino Unido* (20/06/00), *Messina vs. Italia* (28/09/00), *Rinzivillo vs. Italia* (21/12/00), *Natoli vs. Italia* (09/01/01), *Giovine vs. Italia* (26/07/01), *M.K. vs. Francia* (22/06/09), *Niedbala vs. Polonia* (04/07/00), *Petra vs. Rumania* (23/09/98), *Labita vs. Italia* (06/04/00) y *Erdem vs. Germany* (05/07/01); **en materia de interceptación telefónica** los casos: *Amann vs. Suiza* (16/02/00), *Halford vs. Reino Unido* (26/06/97), *COP vs. Suiza* (25/03/98) y *Lambert vs. Francia* (24/08/98); **en cuanto a seguimiento policial activo y pasivo** los casos: *Khan vs. Reino Unido* (12/05/00), *Tsavachidis vs. Grecia* (21/01/99), *Teixeira de Castro vs. Portugal* (09/06/98) y *Rotaru vs. Rumania* (04/05/00) y, para finalizar, **en materia de allanamientos** los casos: *A.D.T. vs. Reino Unido* (31/07/00), *Vasilescu vs. Rumania* (22/05/98) *McLeod vs. Reino Unido* (23/09/98) y *Camenzind vs. Suiza* (16/12/97), son algunos de los precedentes que permiten afirmar que lo importante no es la

existencia de orden judicial previa para la limitación del derecho, sino el control judicial posterior.

8. Así, resulta válido adelantar registros, allanamientos e interceptaciones por parte de la autoridad administrativa o incluso del Ministerio Fiscal sin mediar orden judicial previa (Suiza, Reino Unido, Alemania). Por el contrario, se encuentran casos en los que aún mediando orden judicial previa, el registro, allanamiento o interceptación se invalida por la forma como se llevó a cabo.
  
9. Lo anterior significa que en el derecho internacional de los derechos humanos no es un problema fundamental la naturaleza judicial de quien expide la orden de registro de allanamiento o interceptación de comunicaciones, lo cual en parte se explica en cuanto en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no se hace mención a ella, como tampoco en el derecho común inglés, hasta el extremo que, al menos hasta el siglo XIV y, especialmente después del siglo XVI, existían reglamentaciones estatutarias para expedir órdenes de registro generales en cabeza del Lord Canciller y luego del Secretario de Estado. De hecho, llama la atención como en 1793 Lord Halifax en su calidad de Secretario de Estado, expidió una orden general de arresto y registro de documentos, la cual finalmente fue apelada y confirmada por Lord Mansfield. Esta tradición se mantiene con pocos cambios hasta el presente. (Actualmente las órdenes de registro son expedidas por altos funcionarios de la policía del respectivo condado (Chief Constable) y, en materia de interceptación telefónica, esta facultad está reservada al Secretario de Estado, con algunas excepciones limitadas para los funcionarios de policía).
  
10. Sin embargo, el desarrollo en el derecho de los Estados Unidos tomó un giro distinto, puesto que parte de los orígenes de la revolución norteamericana se encuentra que el malestar causado en el abuso de las órdenes generales de registro se dieron en las colonia británicas de Norte América. De hecho, como sostiene Saltzburg<sup>46</sup>, el primer borrador de la declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776 no incluía esta garantía, y finalmente en su artículo 10 se dejó limitada a la no expedición de órdenes generales de registro, siendo el Bill of Rights de Massachussets de 1780, el antecedente inmediato de la cuarta enmienda de la Constitución Federal que establece la protección contra registros y allanamientos irrazonables, incluyendo el criterio de la intervención de un magistrado imparcial. Justamente es esta la razón para que, a diferencia del sistema inglés, no se permita al ejecutivo el expedir órdenes de arresto, tal y como lo resolvió el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de *Coolidge vs. New Hampshire* (1971). **Aún así, por evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha permitido y validado el adelantamiento de registros y allanamientos sin previa orden judicial**, es decir, como una excepción a la regla de exclusión, siendo las situaciones más importantes las siguientes: *Stop and Frisk* [*Terry vs. Ohio* (1968)]; registros en aeropuertos [*United States vs. Menden may* (1980)]; registros incidentales al arresto

---

<sup>46</sup> SALTZBURG, Stephen (1988). *American Criminal Procedure*. St. Paul: West. Páginas 38 a 45.



[Chiml vs. California (1969)]; registros administrativos en casos como incendios o problemas sanitarios (Michigan vs. Tyler (1968)]; igualmente **se han autorizado registros en circunstancias donde no se tiene una expectativa razonable de intimidad**, lo cual ha sido especialmente útil en las grabaciones de conversaciones en seguimientos policiales activos, útiles en la persecución del crimen organizado, los cuales se encuentran regulados por el título XVIII USCA secciones de 2510 a 2520. El caso principal es Katz vs. United States (1967). Otros ejemplos son la evidencia hallada en campo abierto o la abandonada o la que se encuentra a plena vista. De igual manera conviene mencionar que en algunas circunstancias especiales los Tribunales Federales de Apelaciones han aceptado [el noveno circuito caso Manfredi (1983) séptimo circuito caso Jhones (1982) y el décimo circuito en el caso Cuarón (1983)] la posibilidad de interceptaciones telefónicas previas a la obtención de una orden judicial autorizadas por la regla 41 de la regla de procedimiento criminal federal, en situaciones especiales que dificulten su obtención y que pongan en riesgo el éxito de la misma, principalmente por factor temporal, es decir, que no exista tiempo para tramitar la orden.

11. Finalmente, vale la pena mencionar como el código de procedimiento penal de Ucrania vigente al momento de depositar su instrumento de ratificación (11 de septiembre de 1997), expresaba en su artículo 177, que las órdenes de registro podían válidamente ser expedidas por los investigadores de la policía con el consentimiento del fiscal o de su ayudante, y en situaciones de emergencia, incluso sujeto a la notificación que debe hacerse a estos últimos dentro de las 24 horas siguientes al registro.
12. De otro lado, teniendo presente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene más de cincuenta (50) años de haber sido adoptado, el 2 de octubre de 2000 en el seno de la Unión Europea se aprobó el texto de una *“Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

En el preámbulo de esta Carta se puede leer que:

“La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

Con esta perspectiva, han de interpretarse los artículos que conforman este documento, especialmente los textos normativos que tienen que ver con las garantías fundamentales, así:

Artículo 1: Dignidad humana.

Artículo 3: Dignidad a la integridad de la persona

Artículo 4: Prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes

Artículo 6: Derecho a la libertad y seguridad

Artículo 7: Respeto a la vida privada y familiar

Artículo 8: Protección de datos de carácter personal

Artículo 19: Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

Artículo 20: Igualdad ante la ley

Artículo 47: Derecho a la tutela efectiva y a un juez imparcial

Artículo 48: Presunción de inocencia y derechos de la defensa

Artículo 50: Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

Nótese en consecuencia, que en ningún momento se hace alusión a la cláusula de reserva judicial como mecanismo de protección del derecho a la intimidad, particularmente en lo atinente a registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones.

13. En este mismo sentido se estableció en el Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación del un Fiscal Europeo que:

*“En cuanto a las modalidades de autorización por el juez de libertades (**autorización previa o a posteriori**, procedimiento normal o urgente, etc.), se regirán por el Derecho nacional que corresponda. El principio de reconocimiento mutuo se aplicará a las formas, no al principio, de control por el juez nacional de libertades.*

*En el ejemplo anterior, cabe que la autorización del juez de libertades del Estado miembro A se haya obtenido en virtud de un procedimiento simplificado, que no existe en el Estado miembro B, pero que a pesar de ello se reconocen en dicho Estado miembro en virtud del reconocimiento mutuo. En cambio, el Fiscal Europeo no podría prescindir de la autorización en los Estados miembros A y B, **sólo por que el Estado miembro C permita en su territorio el registro de las empresas sin autorización de un juez**”<sup>47</sup> (Énfasis suplido)*

14. En este orden de ideas el desarrollo de la función de investigación en el escenario internacional ha obligado, por ejemplo en el caso del Tribunal Penal para Yugoslavia

---

<sup>47</sup> Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación del un Fiscal Europeo. Página 54

a otorgar facultades especiales a la Fiscalía para solicitar la colaboración de algunos entes en la búsqueda de las pruebas. Lo anterior, en concordancia con el artículo 29<sup>48</sup>, dicha cooperación debería ser autorizada previamente pero, **en casos de urgencia, directamente puede hacerlo el Fiscal**, quien incluso podría arrestar a los sospechosos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Artículo 18 del Estatuto:

1. The Prosecutor shall initiate investigations *ex-officio* or on the basis of information obtained from any source, particularly from Governments, United Nations organs, intergovernmental and non-governmental organisations. The Prosecutor shall assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed.
2. The Prosecutor shall have the power to question suspects, victims and witnesses, to collect evidence and to conduct on-site investigations. In carrying out these tasks, the Prosecutor may, as appropriate, seek the assistance of the State authorities concerned.
3. If questioned, the suspect shall be entitled to be assisted by counsel of his own choice, including the right to have legal assistance assigned to him without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it, as well as to necessary translation into and from a language he speaks and understands.
4. Upon a determination that a *prima facie* case exists, the Prosecutor shall prepare an indictment containing a concise statement of the facts and the crime or crimes with which the accused is charged under the Statute. The indictment shall be transmitted to a judge of the Trial Chamber.

Artículo 29 del Estatuto:

1. States shall co-operate with the International Tribunal in the investigation and prosecution of persons accused of committing serious violations of international humanitarian law.
2. States shall comply without undue delay with any request for assistance or an order issued by a Trial Chamber, including, but not limited to:
  - (a) the identification and location of persons;
  - (b) the taking of testimony and the production of evidence;
  - (c) the service of documents;
  - (d) the arrest or detention of persons;
  - (e) the surrender or the transfer of the accused to the International Tribunal.

<sup>49</sup> Regla 40 de Procedimiento y Prueba.

In case of urgency, the Prosecutor may request any State:

- (i) to arrest a suspect or an accused provisionally;
- (ii) to seize physical evidence;
- (iii) to take all necessary measures to prevent the escape of a suspect or an accused, injury to or intimidation of a victim or witness, or the destruction of evidence.

The State concerned shall comply forthwith, in accordance with Article 29 of the Statute.

En suma, no siendo una norma de general aceptación desde el punto de vista de los derechos humanos internacionales ni de contera formando parte integral del bloque de constitucionalidad, y teniendo en cuenta las evidentes necesidades del fortalecimiento de la capacidad investigativa del estado para afrontar las diversas manifestaciones del crimen organizado presentes en Colombia, constituiría un ejemplo de “fundamentalismo llevado al extremo” el estructurar un principio que ni siquiera en el lugar donde fue creado (Estados Unidos) tendría las implicaciones que algunos pocos pretenden darle en nuestro país.

### **B) REFORMA DEL ARTÍCULO 251 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. LA REIVINDICACIÓN DEL PAPEL INVESTIGATIVO Y ACUSADOR DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

<p><b>Artículo 251.</b> Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.</li> <li>2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.</li> </ol>	<p><b>Artículo 251.</b> Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.</li> <li>2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los empleados bajo su dependencia.</li> </ol>
<ol style="list-style-type: none"> <li>3. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>3. Asignar y desplazar libremente a sus funcionarios en las investigaciones y procesos. Asimismo, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en cada caso, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y de jerarquía.</li> </ol>
	<ol style="list-style-type: none"> <li>4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.</li> </ol>
<ol style="list-style-type: none"> <li>4. Otorgar atribuciones transitorias a</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>5. Otorgar atribuciones transitorias a</li> </ol>

entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.	entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
5. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.	6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Lo que pretende esta modificación es dotar al Fiscal General de la Nación de la facultad de orientar la gestión de la Fiscalía para que se fortalezca como institución. Esta estructura es reconocida ampliamente por el Derecho Internacional tal y como se expone a continuación:

Conviene destacar que en el ámbito del derecho comparado, y, específicamente, en el de las instituciones de justicia criminal contemporáneas, pueden distinguirse dos modelos o tendencias claramente identificables, a saber:

- El modelo anglosajón, presente en Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Reino Unido y Puerto Rico, principalmente.
- El modelo continental liderado por Alemania, Italia, Austria, Suiza, Ucrania, Lituania, Polonia, España. Portugal, Chile, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Paraguay, El Salvador, Argentina y Guatemala, por citar algunos ejemplos.

Existen múltiples variaciones de cada uno de ellos, lo mismo que casos curiosos o atípicos –a pesar de indiscutibles explicaciones históricas- como Francia, Bélgica, Escocia, Cuba, México, Panamá o Colombia.

De ahí que establecer un consenso sea una tarea muy difícil y, no necesariamente pacífica. Con todo, además de la metodología comparatista existen dos instrumentos de análisis que permitirán visualizar un comienzo de uniformidad o armonización de los lineamientos principales. Se trata, de una parte de los Tribunales Internacionales Penales Ad-Hoc (Ex Yugoslavia y Ruanda) y el permanente de la ONU; de otra parte, de proyecto final Europeo que como lo ha señalado la Comisión de las Comunidades Europeas *“no se inspira en ningún modelos nacional particular, sino que busca el sistema más adaptado a las especificidades del objetivo de la protección de los intereses*

*financieros comunitarios, recogiendo las más altas exigencias de protección de los derechos fundamentales*<sup>50</sup>.

Desde esta última perspectiva conviene iniciar un corto esbozo de cuáles serían los perfiles esenciales de una Fiscalía o Ministerio Fiscal o Ministerio Público para el momento presente.

El eje principal, por supuesto, se concentra en el rol básico asignado a la Fiscalía. Un ejemplo de ello es, precisamente, la motivación central de la propuesta del Fiscal Europeo, que se sintetiza en el surgimiento de un esquema de investigación, guiado por el Fiscal Europeo y controlado por los jueces de libertades.<sup>51</sup>

En efecto, nótese como se definen en esa propuesta la función de la fiscalía y sus potestades, dependiendo del esquema procesal adoptado, pues dado que hay Estados en donde la investigación es judicial y en otros es administrativa, las relaciones entre estos dos esquemas hacen difícil su compenetración<sup>52</sup>.

Incluso, resulta más claro cuando se observa que la naturaleza operativa de la investigación criminal conlleva la práctica de la búsqueda y aseguramiento de los medios de prueba; por no referirnos a las limitaciones de los derechos y garantías fundamentales<sup>53</sup>.

Lo anterior es de la mayor importancia con miras a lograr una objetiva armonización de los sistemas penales y, por esta vía, hacer un frente común en contra del crimen organizado transnacional<sup>54</sup>.

En ese orden de ideas, resulta evidente que la Fiscalía debe tener unas características particulares que le permitan cumplir con su delicada función, siendo la primera de ellas la posibilidad de realizar actos de investigación<sup>55</sup>.

De esta forma, para que lo anterior se pueda cumplir **se requiere** una dirección centralizada de las actividades investigativas, para lo cual la propuesta concibe que sea

---

<sup>50</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 7.

<sup>51</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 16.

<sup>52</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 15.

<sup>53</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 17.

<sup>54</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 19.

<sup>55</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 25.

un ente comunitario centralizado el que se encargue de las investigaciones dentro de espacio común<sup>56</sup>.

En este sentido, puede sostenerse que los rasgos característicos de la Fiscalía que se propone por el libro verde comentado serían los siguientes:

- i) Dirección de la actividad de investigación<sup>57</sup>
- ii) Control del juez nacional que ejerza la función de juez de libertades<sup>58</sup>
- iii) Apertura de juicio previo control judicial<sup>59</sup>
- iv) Actuación ante las organizaciones judiciales nacionales<sup>60</sup>
- v) Modelo de tendencia acusatoria<sup>61</sup>
- vi) Independencia
- vii) Dirección Jerarquizada<sup>62</sup>
- viii) Descentralización<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 25.

<sup>57</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 26.

<sup>58</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 26.

<sup>59</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 26.

<sup>60</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 26.

<sup>61</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 26, cuando dice: *“La centralización de la dirección de las actuaciones judiciales no implica trastorno alguno para los sistemas judiciales nacionales. Las diferentes tradiciones jurídicas presentes en Europa han experimentado una cierta convergencia desde hace varias décadas. Las funciones de investigación y de actuaciones judiciales, que responden a las mismas necesidades, existen en todos los Estados miembros. Las estructuras, si bien siguen siendo diferentes se han armonizado. Las causas son múltiples, pero esta convergencia se debe en gran medida al sometimiento de los Estados miembros a las garantías del proceso equitativo defendidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estas constataciones se ven confirmadas por los trabajos realizados por expertos representantes de todos los sistemas penales nacionales, tanto continentales como de “common law”. En este sentido, se cita lo siguiente: “Véase, en particular, La aplicación del Corpus juris de los Estados miembros, Volumen 1, p. 42 y ss “El resultado de esta evolución es que, desde el punto de vista jurídico, los sistemas nacionales vigentes en Europa son ahora mucho más compatibles que antes [...] Esto es lo que posibilita la síntesis que constituye la propuesta del Fiscal Europeo, que consagra el principio de enjuiciamiento público y no privado (heredado de la tradición inquisitoria), pero que excluye el recurso a un juez de instrucción, que queda sustituido por un “juez de libertades” que ejerce la garantía judicial de forma imparcial y neutra (siguiendo la tradición acusatoria)”*”

<sup>62</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Página 29 cuando dice: *“El Fiscal Europeo, jefe de la fiscalía europea, será responsable de la dirección y la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales, correspondientes a todas las infracciones de su competencia, en el espacio común definido a tal efecto. Esta responsabilidad deberá traducirse en poder para organizar internamente su servicio, en poder dar instrucciones a los fiscales europeos delegados, y en la definición de directrices en materia penal, dentro de los límites fijados por el legislador comunitario”*

ix) Principio de subordinación<sup>64</sup>

A continuación se expone la forma como funcionan algunas fiscalías en el mundo, con la finalidad de presentar la manera como se encuentran organizadas jerárquicamente y responden a los principios de unidad de la institución.

## A) CASO DE INGLATERRA

En este país, desde el año 1985 la cabeza de la institución acusatoria es el *“Director of Public Prosecutor”*, de conformidad con el *“Offences Act 1985”*, que entró en vigor el 1 de abril de 1986.

Esta modificación se presenta porque en el sistema anterior a éste se le otorgaban facultades amplísimas a la policía, en cabeza del *Chieff Constable*, entidad que tenía la posibilidad de investigar sin control de autoridad alguna, facultad que fue confirmada vía de jurisprudencia en el caso *R. V. Metropolitan Police Commissioner, ex p. Blackburn (No. 1) [1968] 2QB 118, per Lord Denning, MR.*

Esta situación determinó la modificación del esquema y por recomendación de la real comisión se creó un servicio de fiscalía, que concentrara las facultades de investigación que hasta ese momento estaban dispersas y sin control en la policía<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Páginas 30 y 31.

<sup>64</sup> Libro verde sobre la protección de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Páginas 31 y 32 cuando dice: *“Sin embargo, por razones evidentes de coherencia y unidad de acción, el Fiscal Europeo tendrá la responsabilidad de dirigir y coordinar la acción de los fiscales delegados, en función de las necesidades de investigación y actuaciones judiciales. Los fiscales delegados estarán situados, durante su mandato, en la jerarquía de la fiscalía europea, con exclusión o no de cualquier otra según la opción del apartado anterior que se haya escogido, y tendrán la obligación de obedecer las instrucciones del Fiscal Europeo, tanto generales como particulares. En cualquier caso, no podrán recibir ninguna instrucción de sus autoridades nacionales, por lo que se refiere a la protección de los intereses financieros comunitarios.*

*El Fiscal Europeo deberá cumplir, según la Comisión, el principio de unidad de actuación, al igual que las fiscalías nacionales, lo que significa que cualquier acto realizado por un fiscal delegado compromete al conjunto de la fiscalía europea. Cada fiscal delegado recibirá a tal efecto una delegación del Fiscal Europeo. Bajo el control del Fiscal Europeo, los fiscales europeos delegados deberán ser por tanto sustituibles en derecho.*

<sup>65</sup> Véase a ASHWORTH, Andrew (1995). *The Criminal Process*. Oxford: Clarendon Press. Página 160 cuando sostiene: *“The 1981 Royal Comisión recomendó a prosecutor service based on the principles adopted by the Director of Public Prosecutions. After considerable debate, the Prosecution of Offences Act 1985 became law. The Act creates a Crown Prosecution Service, headed by the Director of Public Prosecutions and formally account-able to the Attorney-General. The new service has a duty to take over all prosecutions instituted by the police (except for certain minor offences), and has a power to take over other prosecutions. The CPS has therefore been accorded a status independent of the police. Section 10*



Así, pues, este ejerce su función apoyado en “*Crown Prosecutor*” que depende en su trabajo de manera jerarquizada, debiendo acatar las “instrucciones” que reciba del “*Director of Public Prosecutor*”<sup>66</sup>.

## B) CASO DE PORTUGAL

A partir de la ley judicial 47 de 1986, la Procuraduría General es el órgano del Ministerio Público y se encuentra encabezada por el Procurador General. Éste tiene la facultad “de dirigir, coordinar y fiscalizar la actividad del Ministerio Público y dirigirle las directivas, ordenes e instrucciones a la que debe **sujetarse la actuación de los respectivos Magistrados o Agentes**”<sup>67</sup>

## C) CASO DE AUSTRIA

Desde la ley federal del 5 de marzo de 1986, se estableció que el Ministerio Fiscal pertenecería al poder judicial y se encargaría de proteger los intereses del Estado en la Administración de Justicia, fundamentalmente en el ámbito penal.

De acuerdo con el artículo 2 de dicha ley “...*las Fiscalías están subordinadas a las Fiscalías Superiores y éstas, así como la Procuraduría General, al Ministerio Fiscal de Justicia de modo inmediato*”.

Igualmente, esta organización jerarquizada se manifiesta estructuralmente en que “...*al frente de las Fiscalías, las Fiscalías Superiores y la Procuraduría General, se encuentra un Director, el cual, «representa al órgano hacia el exterior, inspecciona las actividades*

---

*of the Prosecution of Offences Act 1985 lays upon in the duty to publish a Code for Crown Prosecutors and to report annually to Parliament on its work and the use of its powers. Notable among these is its power to discontinue prosecutions in the magistrates' courts. However, unlike public prosecution system in many other jurisdictions, it was not given powers to institute proceedings itself, to direct the police to investigate any matter, or to put questions to any person”*

<sup>66</sup> Al respecto véase a MARCENA GOMEZ, Manuel (1992). *El Ministerio Fiscal: Su futuro y su pasado*. Madrid: Marcial Pons. Página 48 cuando indica: “Reforzando esta idea de dependencia jerárquica, el apartado 6 del artículo 1 señala que cada Crown Prosecutor tendrá las facultades del D.P.P. en lo que afecta a la incoación y actuación de los procedimientos en que intervenga por razón de su cargo, si bien, se especifica que «ejercerá sus facultades bajo la dirección de aquel». La vinculación derivada de la organización jerárquica del servicio de acusación pública, también afecta a aquellos acusadores ad-hoc designables por el D.P.P., pues la persona que dirija un proceso penal en virtud de aquel nombramiento, «tendrá todas las facultades de un Crown Prosecution, aunque las ejercerá con sujeción a las instrucciones que reciba de éste»”

<sup>67</sup> MARCENA GOMEZ, Manuel (1992). *El Ministerio Fiscal: Su futuro y su pasado*. Madrid: Marcial Pons. Página 51. También confróntese en esta misma obra la página 53 cuando indica: “Los Magistrados del Ministerio Público ejercen sus facultades conforme a los principios de responsabilidad y jerarquía. En virtud del primero de ellos, responden legalmente del cumplimiento de sus deberes y de la observancia de las directivas, ordenes e instrucciones que reciban; por el principio de jerarquía, se impone la subordinación de los Magistrados de grado inferior a los de grado superior en los términos legales y la obligación de acatamiento por aquellos de las directivas, ordenes e instrucciones que hayan recibido.”

*de los órganos situados bajo su dependencia y les imparte instrucciones en el caso de que ello fuere necesario»<sup>68</sup>*

#### **D) CASO DE ALEMANIA**

La ley orgánica de los Tribunales de 1975, modificada el 20 de diciembre de 1984 estableció que la Fiscalía (StA) es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente<sup>69</sup>. No puede perderse de vista que las funciones de la StA es ejercida por el Procurador General Federal, quien a su vez está subordinado al control, la dirección del Ministerio Federal de Justicia, quien se encuentra facultado para dar instrucciones a los Fiscales Federales.<sup>70</sup>

#### **E) CASO DE ITALIA**

A partir de la Constitución italiana de 1947 se adhiere el Ministerio Público a la Magistratura, esto es, al poder judicial. (Art. 107 num. 4). Adicionalmente, el Procurador General integra por derecho propio el Consejo Superior de la Magistratura.

Así, de un modelo inicial regido por el control funcional y jerarquizado paulatinamente se ha pasado a uno limitado a la protección de la imparcialidad y a la eficiencia, en todo caso, manteniéndose los poderes de devolución y sustitución<sup>71</sup>.

#### **F) CASO DE ESPAÑA**

La Constitución Española de 1978 establece que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones "...conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica"<sup>72</sup>. Vale decir que este aspecto fue reglamentado posteriormente por la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal del 30 de diciembre de 1981 que contiene el Estatuto de Gobierno del Ministerio del Fiscal, que en sus artículos 25 y 26 expresamente reconoce la facultad al

---

<sup>68</sup> MARCENA GOMEZ, Manuel (1992). *El Ministerio Fiscal: Su futuro y su pasado*. Madrid: Marcial Pons. Página 58

<sup>69</sup> Véase a ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Página 50 cuando indica: *"La fiscalía (StA) es el órgano estatal competente para la persecución penal; es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente, No disfruta del privilegio, propio del juez, de la independencia objetiva y subjetiva: «los funcionarios de la StA deben seguir las instrucciones de servicio de su superior». El fiscal individual no actúa con plenitud de poder propio, sino que interviene siempre como representante del primer funcionario de la StA, quien puede, en todo momento, tomar a su cargo la causa (derecho de devolución) o entregársela a otro fiscal con sus observaciones (derecho de sustitución).*

<sup>70</sup> Véase a ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Página 51 cuando indica: *"...el Fiscal general puede, por cierto, impartir instrucciones a todos los fiscales OLG de su distrito"*

<sup>71</sup> MARCENA GOMEZ, Manuel (1992). *El Ministerio Fiscal: Su futuro y su pasado*. Madrid: Marcial Pons. Página 62 y 63.

<sup>72</sup> Constitución Española art. 124.2

Fiscal General del Estado para impartir ordenes e instrucciones a sus subordinados, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos<sup>73</sup>.

## G) CASO DE FRANCIA

Aún cuando, como en España, en Francia tampoco rige un sistema acusatorio en sentido estricto, sino uno mixto de tendencia inquisitiva, si existe la institución de la Fiscalía y dentro de ella los llamados fiscales de sala, quienes se encuentran subordinados jerárquicamente y pueden recibir instrucciones o directrices por parte de sus superiores o, incluso, ser reemplazados en cualquier momento<sup>74</sup>.

## H) CASO DE MÉXICO

En virtud de lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de la Constitución General de la República, el Ministerio Público ostenta el monopolio de la acción penal en un esquema de naturaleza mixta pues no sigue ni el modelo acusatorio ni el inquisitivo, en sentido estricto; este Ministerio Público actúa dentro de la Procuraduría General de la República, aún cuando dispone de una relativa autonomía en su interior. En todo caso, se rige en su funcionamiento por los principios de jerarquía e indivisibilidad<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Véase a GRANADOS, Francisco (1989). *El Ministerio Fiscal (Del Presente al Futuro)*. Madrid: Editorial Tecnos. Página 297 cuando dice: *“Mas el vigente Estatuto orgánico, no obstante haber dulcificado el rigor de la obediencia, mantiene que «el Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados ordenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos» (art. 25) y «llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo» (art. 26)”*

<sup>74</sup> SOLARO, Chantal y otro. *El Proceso Penal en Francia*, en revista del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas No. 3. Página 26: *“Este cargo [los fiscales de sala] es importante en razón al Estatuto de sus miembros: Son magistrados constitucionalmente independientes de la misma forma que sus colegas de los Tribunales con los que forman un cuerpo único. Pero en razón de su específico papel, están sometidos a subordinación jerárquica y nombrados bajo la autoridad directa del ministro de justicia, y además, no son inamovibles, sino susceptibles de cambio en interés del servicio y por ello de forma discrecional. Su subordinación jerárquica se traduce en las leyes, en un poder de instrucción del ministro a los fiscales generales de Sala y de éstos a los Procureurs de la Republique, sin que ello implique que no puedan nombrar sustituto para actuar. Por el contrario, el fiscal puede reclamar cualquier tipo de procedimiento llevado por un sustituto para llevarlo personalmente. Hay que señalar que este poder de dar orden expresa de actuar se traduce también en instrucciones sobre la calificación de un asunto.*

<sup>75</sup> Véase a CASTILLO, Miguel Angel (1993). *El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México*. México D.F.: Universidad Autónoma de México. Página 28 cuando indica: *“Jerarquía. Este principio significa que el Ministerio Público se encuentra organizado jerárquicamente bajo la dirección y mando del procurador de Justicia.*

*Las personas que lo integran, los diversos agentes del ministerio público, se consideran como miembros de un solo cuerpo; estos no son más que una prolongación del titular.*

[...]

*Indivisibilidad. Esta consiste en que los agentes del ministerio público que intervienen en cualquier negocio de su competencia no actúan por derecho propio, sino representando a la institución; de esta forma, aunque varios agentes intervengan, en un asunto determinado, los mismos representan en cada uno de sus casos a una misma institución; también puede separarse cualquiera de ellos o ser sustituido,*

## I) CASO DE ESTADO UNIDOS DE AMÉRICA Y PUERTO RICO

Ante la naturaleza federal del régimen de Estado que impera en estos países, es necesario distinguir si se trata del Department of Justice (Federal) o las District Attorneys (D.A.) Federales y Estatales. Sin embargo, la tendencia que se percibe se puede sintetizar en que existen estructuras jerarquizadas, pues reciben instrucciones directas<sup>76</sup> y pueden ser reemplazados en cualquier momento por el superior.

## J) CASO DEL TRIBUNAL PENAL PARA EX YUGOSLAVIA

El Fiscal General según el estatuto en su artículo 16 es independiente, dirige todas las investigaciones<sup>77</sup>, especialmente de acuerdo con la regla 37B<sup>78</sup> que establece el poder de dirección jerarquizada en cabeza de aquel y de su asistente.

## K) CASO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE LA ONU

Cosa semejante ocurre con el Tribunal Penal Permanente, pues el Estatuto establece en su artículo 42 que la Fiscalía actuará en forma independiente de la Corte. En es mismo artículo, se establece que *“La Fiscalía estará dirigida por el Fiscal. El Fiscal tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la Fiscalía...”*, lo que en concordancia con la regla 9<sup>79</sup> del Proyecto de las Reglas de Procedimiento y Prueba, nos permite concluir que el la fiscalía está organizada de manera jerárquica y responde al principio de la unidad de la institución.

---

*sin que por lo mismo se afecte lo actuado. De ahí el axioma (sic) de que “a pluralidad de miembros, corresponde la indivisibilidad de funciones”*

<sup>76</sup> Véase a CHIESA, Ernesto. *La Discreción del Ministerio Público para Acusar en Puerto Rico*, en revista del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas. Vol III. *“El control de esta discreción [principio de oportunidad]... es cuestión interna del Departamento de Justicia, mediante manuales, memorandos, etc.”*

<sup>77</sup> Véase: Criminal Law Forum. *“A critical study of the international tribunal for the former Yugoslavia”* Vol. 5 Nos. 2-3 (1994). Página 643.

<sup>78</sup>Regla 37 de las reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia.

(A) The Prosecutor shall perform all the functions provided by the Statute in accordance with the Rules and such Regulations, consistent with the Statute and the Rules, as may be framed by the Prosecutor. Any alleged inconsistency in the Regulations shall be brought to the attention of the Bureau to whose opinion the Prosecutor shall defer.

**(B) The Prosecutor’s powers and duties under the Rules may be exercised by staff members of the Office of the Prosecutor authorised by the Prosecutor, or by any person acting under the Prosecutor’s direction.** (Subrayado fuera de texto)

<sup>79</sup> **Regla 9. Funcionamiento de la Fiscalía.** En el desempeño de sus funciones de gestión y administración de la Fiscalía, el Fiscal dictará reglamentaciones para el funcionamiento de ésta. Al preparar o enmendar esas reglamentaciones, el Fiscal consultará al Secretario sobre cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento de la Secretaría.

De lo anterior se infiere que es de la esencia del funcionamiento de una fiscalía moderna contar con una estructura jerárquica determinada, con la posibilidad de hacer políticamente responsable a la institución por conducto de su cabeza, en el entendido de que en el marco de amplias facultades para investigar y acusar, debe existir un contrapeso que permita un sólido control en el interior de la misma, pues de lo contrario se caería en el absurdo de la atomización de la función y la unificación de responsabilidades. De ahí que se concuerde con la tesis que desde 1995 defendiera en nuestro medio el profesor Rodrigo Uprimny Yepes quien ha sostenido:

“Finalmente, el derecho constitucional comparado muestra que no todo miembro de un órgano perteneciente a la rama judicial tiene por ese solo hecho las características de independencia de los jueces. Así, en España, el Ministerio Fiscal hace parte del Poder Judicial pero –como ya lo vimos- está estructurado jerárquicamente.

Todo ello nos lleva a concluir que la Constitución de 1991 estableció una conformación jerárquica a al Fiscalía. Y que, el Nuevo Código de Procedimiento Penal y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía acentuaron aún más esa estructura jerárquica, posibilitando así un amplio poder de instrucción jurídico por parte del Fiscal General.

[...]

En síntesis, existen el derecho comparado diversos modelos de organización jerárquica en las fiscalías los cuales establecen grados diferentes de independencia del fiscal frente a su superior jerárquico. Algunos, como el ministerio público francés o el sistema propuesto por el llamado Código Modelo de Maier son fuertemente centralizados a la figura del Fiscal General; otros, como el procedimiento italiano, admiten un mayor grado de autonomía a los fiscales delegados reservando a los superiores un poder global de control, pero no la posibilidad de impartir directrices concretas. Sin embargo, en todos ellos se reconocen dos cosas: de un lado, la necesidad de un cierto grado de control jerárquico a fin de aseguran la coherencia de la función investigativa y acusatoria; de otro lado, la importancia de preservar los controles por jueces a fin de no confundir las actividades administrativas con las jurisdiccionales.

Esos diversos grados de dependencia jerárquica parecen estar ligados a la admisión de los principios de legalidad o de oportunidad en materia de persecución penal...

[...]

... si se considera constitucional y conveniente dar mayor peso a diversas formas de principio de oportunidad, creo que se debe conservar la actual estructura fuertemente jerarquizada. Ninguna regulación de esa naturaleza reñiría con las normas constitucionales, por lo cual hay posibilidades constitucionales para ambos modelos. Pero, independientemente de que se confiera o no una mayor independencia a los fiscales delegados, el problema de la ausencia de controles por jueces independientes durante la instrucción se mantiene en su integridad.”<sup>80</sup>.

### C) REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 234 y 235 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. LA GARANTÍA AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA Y EL SISTEMA DE INVESTIGACIÓN, ACUSACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

<p><b>Artículo 234.</b> La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Ésta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.</p>	<p><b>Artículo 234.</b> La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Ésta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.</p>
	<p>La ley determinará el número de magistrados que conforman la Sala Penal, lo mismo que la forma como se dividirá para garantizar el respeto del principio de la doble instancia y el control de garantía constitucional respecto de las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales que se tomen dentro del proceso penal.</p>
<p><b>Artículo 235.</b> Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:</p>	<p><b>Artículo 235.</b> Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:</p>

<sup>80</sup> UPRIMNY, Rodrigo. *¿Fiscal General o General Fiscal?*, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Volumen XVII Nos 29 y 30 de marzo de 1995. Páginas 152 a 155

1. Actuar como Tribunal de Casación.	1. Actuar como Tribunal de Casación en el estudio de sentencias ejecutoriadas. La ley podrá determinar mecanismos sumarios de respuesta con el fin de lograr la unificación de la jurisprudencia, la protección de las garantías fundamentales y la restauración del derecho vulnerado.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2° y 3°.	2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2° y 3°.
3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.	3. Juzgar mediante la Sala Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los miembros del Congreso de la República.
4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, 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 jefes 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.	4. Juzgar mediante la Sala Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, 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 Auditor General, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes 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.
5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos	5. 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.	previstos por el derecho internacional.
6.Darse su propio reglamento.	6.Darse su propio reglamento.
7.Las demás atribuciones que señale la ley.	7.Las demás atribuciones que señale la ley.
Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.	Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. La intervención de la Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia podrá ejercerla el Fiscal General de la Nación o, por delegación suya, el Vicefiscal General o los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

La reforma de los artículos 234 y 235 radica en la propuesta de reglamentar la estructura que deberá tener la Corte Suprema de Justicia en los procesos de juzgamiento de altos funcionarios que gocen de fuero, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Históricamente, los procesos que se surten en contra de los altos funcionarios han sido de única instancia, con el argumento de que por tratarse del más alto Tribunal no es posible asignar el conocimiento de la segunda instancia a ningún otro. Así mismo, los magistrados de dicha Corte han sido siempre considerados como funcionarios que gozan de gran experiencia, razón por la cual se les ha acreditado un altísimo nivel de credibilidad, argumento más para descartar la posibilidad de establecer una segunda instancia para ese tipo de procesos.

La Constitución Política de 1886 no consagraba el principio de la doble instancia, sin embargo Colombia ratificó tratados internacionales de derechos humanos los cuales acogían el principio de la doble instancia. En efecto, dichos tratados se encuentran contenidos en la ley 74 de 1968, la cual aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la ley 16 de 1972 que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer logro en la adopción del mencionado principio en nuestro



ordenamiento a nivel legislativo, se materializó con el Código de Procedimiento Penal de 1987, artículo 15<sup>81</sup>.

Con la Constitución Política de 1991 se adoptó una carta de derechos fundamentales más amplia que la de la Constitución derogada de 1886. Esta estableció en su parte dogmática, como elemento integrante del debido proceso, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (artículo 29, inciso 3).

Respecto a la adopción de este principio para los procesos que conoce la Corte Suprema de Justicia, existe la opinión generalizada dentro de la academia, de que la Constitución Política vigente impide el establecimiento de la doble instancia para los casos que conoce la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en ninguna parte existe expresa indicación sobre la exclusión de dicho principio para los casos mencionados, pudiendo incluso interpretarse del texto del artículo 234 de la misma, cuya competencia debería fijar el legislador para hacer viable la garantía constitucional aludida. A pesar de lo anterior, el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal derogado (decreto 2700 de 1991) en concordancia con el artículo 68 num. 6 ; el nuevo Código de Procedimiento Penal -ley 600 de 2000-, artículo 18 en concordancia con el artículo 75 num. 5 al 7 ; y la ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia, artículos 16 y 17 que regulan lo referente a las salas especiales y de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, no prevén el principio de la doble instancia para procesos de los cuales conoce la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior significa que, de acuerdo a la reforma del artículo 235, que la Corte Suprema estará despojada de las funciones de investigación en los procesos que adelante contra los miembros del Congreso y sólo ostentará la función de juzgar a dichos funcionarios previa acusación del Fiscal General de la Nación.

El establecimiento de un sistema acusatorio de enjuiciamiento en los procesos que se surtan en contra de los congresistas, obedece además de las razones académicas expuestas relativas a los derechos humanos del procesado, a motivaciones técnicas que finalmente se traducen en un mejoramiento en la prestación del servicio de la administración justicia. Actualmente, la Corte Suprema de Justicia, siendo el órgano máximo de casación, emplea la mayor parte de su tiempo en la resolución de acciones de tutela y en las investigaciones de presuntos hechos punibles cometidos por miembros del Congreso, no pudiendo desempeñar adecuadamente la función que le atañe en relación al mencionado recurso extraordinario<sup>82</sup>. Entregar la función investigativa al

---

<sup>81</sup> "Artículo 15. *Doble instancia*. El proceso tendrá dos instancias, salvo las excepciones legales", del Decreto 0050 de 1987.

<sup>82</sup> La propia Corte Suprema de Justicia en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 217 de 1999, por el cual se expidió la Ley 553 de 2000 sobre casación penal, comenta los altos índices de congestión debido al gran número de demandas de casación represadas al interior de la Corte. Durante el segundo debate de dicha ley en el Congreso, el Viceprocurador General de la Nación comentó que la congestión de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia "tiene su origen en la Constitución de 1991, por la gran cantidad de competencias que esa normatividad le asignó a esa Sala, a saber: **la investigación y**

Fiscal General de la Nación, a quien le corresponde en un Estado respetuoso de las garantías mínimas procesales, descongestionaría considerablemente las labores de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la descongestión en el aparato judicial deberá lograrse sin menoscabo de las garantías procesales, a través de un mecanismo de transición adecuado hacia el nuevo sistema de enjuiciamiento, que al mismo tiempo, deberá diseñarse de tal manera que se evite un caos respecto de los procesos que se encuentran en curso actualmente.

Una razón más por la cual debe reformarse el fuero parlamentario, es la salvaguarda del principio de la igualdad. De acuerdo con la Corte Constitucional, “la igualdad se manifiesta como un derecho *relacional* que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía no se traduce en la constatación de una paridad *mecánica y matemática*, sino en el otorgamiento de un trato igual a quienes se encuentran en situaciones jurídicamente análogas” (subrayas fuera del texto)<sup>83</sup>. Con base en este concepto, es evidente que el esquema actual de juzgamiento de los representantes y senadores atenta contra el derecho a la igualdad, ya que no se encuentra argumento sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de hacer ninguna distinción frente a otros altos funcionarios diferentes a los miembros del Congreso de la República que igualmente gozan de fuero constitucional, respecto de los cuales el sistema de enjuiciamiento no es inquisitivo; es más, pareciera que se trata de un caso de discriminación contemplado desde la propia Constitución Política, que es urgente modificar en aras del respeto pleno a las garantías fundamentales de cualquier procesado.

De otro lado, el fuero pleno en virtud del cual una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia es investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República<sup>84</sup>, surge con la Constitución Política de 1991. La Constitución de 1886 no consagraba fuero para este tipo de funcionarios, y es a partir de la Carta vigente que se establece el sistema de juzgamiento actual de los parlamentarios. La figura del fuero para los congresistas fue propuesta por el *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, presentado por la Presidencia de la República en febrero de 1991, al plantear dentro de las nuevas funciones de la Corte Suprema de Justicia la ampliación del fuero constitucional a los senadores y representantes.

Independientemente de las razones que llevaron al Constituyente del 91 en su momento a establecer el fuero pleno para los parlamentarios, es inconcebible y resulta incoherente que paralelamente al derecho internacional vigente relativo a los derechos humanos, y a los cambios que se están promoviendo a nivel nacional e internacional

---

**juzgamiento de congresistas en única instancia** (...) y otras facultades, lo que ha traído que esa corporación hoy tenga un atraso considerable en lo que se refiere a Casación (...)", Gaceta del Congreso No. 128 del 28 de mayo de 1999, pg. 14 (énfasis suplido).

<sup>83</sup> En la Sentencia C-252 de 2001.

<sup>84</sup> Numeral 3° del artículo 235 de la C.P.

para modernizar los diferentes sistemas penales con el establecimiento de un sistema acusatorio puro, se mantenga en Colombia uno totalmente inquisitivo para los procesos penales que se surtan en contra de los congresistas, por ser un mismo órgano el que los investiga y juzga.

Por las mismas razones relativas al fuero pleno de los Congresistas, la doble instancia y el principio acusatorio deberán aplicarse en los procesos penales que se surtan en contra de los demás altos funcionarios del Estado que gozan de fuero constitucional y en consecuencia son juzgados por la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, en cualquier proceso que sea competencia de la Corte, excepto en los casos del artículo 174 C.N. deberá cumplirse lo relativo a la segunda instancia por expresa previsión del artículo 234 de la Constitución Política.

Finalmente, debe indicarse que dentro de los esfuerzos que plantea esta reforma, se encuentra el de replantear la labor del Ministerio Público, pues es evidente que al modificarse el sistema, trasladando algunas de las funciones judiciales que desempeña la Fiscalía a la judicatura, se fortalece el sistema judicial y se retorna a los jueces de la República esa sagrada función de decidir judicialmente sobre las libertades de los ciudadanos que se enfrentan a un proceso penal.

Siendo esto así, reconociendo el inmenso esfuerzo que ha hecho la judicatura por la profesionalización de sus funcionarios, el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos dentro del proceso penal será una función del juez de control de garantías y, como tal, el papel del Ministerio Público, dentro del esquema propuesto, al menos durante las etapas previas al juicio es innecesaria.

Por lo anterior, es prudente analizar el papel que cumple hoy en día el Ministerio Público en el proceso penal, para evitar una innecesaria multiplicación de funciones durante la investigación y, sintetizar su participación, al momento del juicio.

Teniendo en cuenta que la garantía fundamental del sindicado a la defensa, se encuentra como eje de esta iniciativa de reforma y que se manifiesta entre otras cosas en el derecho a ser asistido por un traductor, a que la formulación de la imputación sea completa, es decir integrada con todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos, que la acusación sea notificada oportunamente, de manera expresa y formal, entre otras. Al respecto se ha pronunciado la Corte Europea de derechos Humanos, en diversos fallos (caso Pélissier y Sassi vs. Francia, 25/03/1999; caso T. Vs. Austria, 14/11/2000; caso Dallos vs. Hungary, 01/01/2001; caso Sipavicius vs. Lithuania, 21/01/2001.)

Dentro de sus distintos aspectos, el derecho de defensa implica el derecho a la asistencia de un profesional letrado como garantía de la defensa técnica. "El nuevo proceso que está por instaurarse próximamente en Chile, de naturaleza acusatoria y plenamente respetuosa de los derechos fundamentales de contenido procesal, exigirá

como una condición necesaria para su funcionamiento, el restablecimiento de un nuevo sistema para proveer de asistencia letrada a las personas que carezcan de ella... precisamente entre las garantías que no se respetan en el actual procedimiento criminal, se encuentra la de la defensa, de una importancia esencial ya que se sitúa en el núcleo mismo del concepto de proceso... para que esta participación sea efectiva, atendiendo el carácter técnico de los actuales procedimientos, el derecho a la defensa exige necesariamente la asistencia de un profesional letrado, dando origen a la garantía de la defensa técnica, reconocida ya explícitamente como integrante del general derecho de defensa en las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos.

Es por esta razón que la reforma procesal penal exigirá la instauración de un nuevo sistema de defensa letrada para las personas que carezcan de ella, que puede ser denominado el nuevo sistema de defensa penal pública”.

## **VI. REGIMEN DE TRANSICIÓN HACIA EL NUEVO SISTEMA**

Con la implementación de un sistema de corte acusatorio en el procedimiento penal colombiano, el proceso de transición hacia la aplicación de la doble instancia y el principio acusatorio en la Corte Suprema de Justicia, demoraría aproximadamente un año a partir de la promulgación del presente Acto Legislativo, plazo prudencial dentro del cual deberá adelantarse un proceso de difusión y discusión de la reforma, así como de reorganización en el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia.

De la misma manera, hay que armonizar las exigencias del sistema con la partida presupuestal que se dirigirá para tal fin. Por ejemplo, respecto de cambios infraestructurales como lo es la implementación del juicio público el cual se adelantará en salas de audiencia: “ Dentro del área de adecuación institucional se ha contemplado también la infraestructura de cada uno de los operadores del sistema de administración de justicia penal. Los actuales juzgados penales, han sido adaptados para operar dentro del sistema escriturizado, donde si bien se realizan determinadas audiencias, éstas no tienen la verdadera connotación de un juicio oral, público y contradictorio, simplemente se reducen a la lectura de actuados”.<sup>85</sup> Sobre los retos que conlleva la puesta en vigencia de un sistema de corte acusatorio en Latinoamérica puede consultarse el “Plan Nacional de Implementación del Código de Procedimiento –Bolivia”<sup>86</sup> y el de Chile actualmente en ejecución hasta el año 2004 en el que se concluirá para todo el país.

Con el fin de aplicar el principio acusatorio, deberá expedirse la normatividad que afectaría Códigos y legislación vigente, en particular el Código de Procedimiento Penal

---

<sup>85</sup> Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos, Fundación para el debido proceso legal y fundación Esquel, 2001, 166-193.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 174.

que haría parte del proceso de transición necesario para adaptar la administración de justicia al nuevo esquema de funcionamiento; así mismo, un esquema de transición, implicaría la aplicación del sistema, partiendo de la Corte Suprema de Justicia, además de empezar a extenderse a aquellos distritos judiciales que se establezca, sin superar un término de cuatro (4) años para que el sistema opere en todo el país.

Teniendo en cuenta que se trata de un replanteamiento profundo de la manera cómo funciona nuestro aparato judicial, se requiere una política de financiación que la acompañe y le permita crear los elementos necesarios sin los cuales no podría existir.

Existe el antecedente en la Constitución de 1991, en donde, mediante dos artículos transitorios 43 y el 53, el constituyente reguló la materia que corresponde a las gestiones de carácter presupuestal necesarias, dirigidas a la creación y funcionamiento de las nuevas instituciones creadas. El primero de estos artículos de la Constitución Política señala que:

El artículo 43 transitorio señala que: “Para financiar el funcionamiento de las nuevas instituciones y atender las obligaciones derivadas de la reforma constitucional que no hayan sido compensadas por disminución de gastos o traslado de responsabilidades, el Congreso podrá, por una sola vez, disponer ajustes tributarios cuyo producto se destine exclusivamente a la Nación...”

Por su parte, el artículo 53 señala que: “...el Gobierno tomará las decisiones administrativas y hará los traslados presupuestales que fueron necesarios para asegurar el normal funcionamiento de la Corte Constitucional”, de manera que, atendiendo al antecedente que nos deja la reforma a la Constitución en 1991, es posible financiar el funcionamiento de las nuevas instituciones y atender las obligaciones derivadas de la reforma constitucional, mediante los traslados presupuestales necesarios, tal y como se previó para la Corte Constitucional en ese entonces. Lo único que variaría sería que ahora dichas partidas presupuestales irían dirigidos a la financiación del funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunales Superiores del Distrito Judicial, en donde la reforma comenzará a aplicarse, para luego entrar a financiar los cambios estructurales en los Jueces Penales del Circuito, y finalmente, ante los Jueces Penales Municipales, según lo permita la transitoriedad de la reforma.

## **VII. CONCLUSIONES**

1. La administración de justicia penal colombiana se encuentra en estado propicio para dotarla de un sistema ágil que permita combatir eficazmente el delito sin sacrificar la opción positiva de la Constitución a favor de los derechos humanos.
2. El modelo acusatorio en nuestro sistema de procesamiento criminal favorece no solamente el respeto de las garantías constitucionales, sino también dota de

instrumentos a nuestra jurisdicción para alcanzar una mayor eficacia en la persecución del crimen. Igualmente es un imperativo para evitar el atraso científico.

3. La Fiscalía debe ser reestructurada para que la facultad de tomar decisiones judiciales que limiten derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre que no sean decisivas para la investigación, sean tomadas por jueces imparciales.
4. Colombia esta en la obligación de dotar la administración de justicia penal de un sistema que le permita cumplir los compromisos internacionales adquiridos, dando además desarrollo a los derechos presentes en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, en los términos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en relación con los artículos 93 y 94 superiores.

## **ANEXOS**

Anexo 1: Documento "Bases ideológicas para un esquema de procesamiento criminal de tendencia acusatoria".

Anexo 2: Cuadro esquemático del nuevo proceso penal derivado del modelo acusatorio propuesto.

## ANEXO 1

### BASES IDEOLÓGICAS PARA UN ESQUEMA DE PROCESAMIENTO CRIMINAL DE TENDENCIA ACUSATORIA

#### Sección A. Bases aplicables a todo el Procedimiento.

**Base Número 1. Dignidad humana.** Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad inherente a la persona humana.

- *Fuentes:* Art. 1 del CPP de 2000.

**Base Número 2. Libertad.** Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado, ni privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades y por motivos previamente definidos en la ley.

**Base Número 3. Igualdad.** Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen o el credo religioso, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como mecanismo de discriminación.

- *Fuentes:* Art. 5 del CPP de 2000.

**Base Número 4. Legalidad.** Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación, por autoridad competente, con observancia plena de las formas propias de cada proceso.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato; sin embargo la ley procesal de carácter sustancial, permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, sea anterior o posterior a la actuación.

- *Fuentes:* Art. 6 del CPP de 2000.

**Base Número 5. Presunción de inocencia.** Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme una decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, le corresponderá a la Fiscalía General de la Nación la carga de la prueba de la responsabilidad penal, debiéndose resolver en cada momento de la actuación, y a favor del procesado, la duda razonable.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado mas allá de toda duda razonable.

- *Antecedentes:* Art. 3 y 22 del proyecto de CPP de 1986; art. 3 del CPP de 1987; art. 1, 2 y 7 del CPP de 1991; art. 12 y 16 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 7 y 13 del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 7 y 13 del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Reglas de Mallorca (32 y 33.1); Bases para un CPP para Iberoamérica (16).

**Base Número 6. Defensa.** En desarrollo del proceso penal, y una vez iniciada la investigación mediante la vinculación formal del imputado, éste tendrá derecho en plena igualdad a:

- a. No auto incriminarse o declararse culpable, pudiendo en todo caso declarar sin el apremio de la gravedad del juramento, en forma oral o por escrito. No se podrá utilizar el silencio en su contra;



- b. Tampoco podrán utilizarse en contra del procesado, los acuerdos a los que llegue dentro de cualquiera de los métodos alternativos de solución de conflictos;
- c. Ser oído en presencia de un abogado de su confianza o, en su defecto, del que sea designado por el Estado;
- d. Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma español;
- e. Tener comunicación previa y privada con su defensor;
- f. Conocer los cargos que le son imputados, los cuales deberán ser expresados en términos que sean comprensibles para una persona de regular o común entendimiento, con indicación expresa de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;
- g. Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa, por lo que podrá solicitar las prórrogas justificadas para la celebración de las audiencias a que deba comparecer en compañía de su defensor;
- h. Conocer y controvertir las pruebas, aunque sean practicadas excepcionalmente en forma anticipada antes del juicio oral;
- i. Tener un juicio público, oral, contradictorio y sin dilaciones injustificadas en donde pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia –de ser necesario aun por medios coercitivos- de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;
- j. No ser sometido, en el evento de ser absuelto, a nueva investigación o juicio por los mismos hechos, salvo que la decisión absolutoria haya sido obtenida mediante fraude;
- k. Renunciar a los derechos contemplados en los literales (a), (b) e (i) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, asesorada por su abogado defensor.

▪ *Antecedentes:*

*Derecho de defensa como principio genérico:* Art. 1 del proyecto de CPP de 1986; art. 1 del CPP de 1991; art. 13 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 8 del CPP de 2000.

*Primer inciso:* Art. 7 del proyecto de CPP de 1986; art. 20 del CPP de 1991; art. 8 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 5 del CPP de 2000.

*Literal b.:* Art. 1 del CPP de 1991; art. 8 del CPP de 2000.

*Literal d.:* Art. 13 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 8 del CPP de 2000.

*Literal e.:* Art. 16 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 13 del CPP de 2000.

*Literal g.:* Art. 10 y 11 del proyecto de CPP de 1986; art. 9 y 10 del CPP de 1987; art. 1, 7 y 8 del CPP de 1991; art. 14, 15 y 16 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 13, 14 y 15 del CPP de 2000.

*Literal h.:* Art. 20 y 21 del proyecto de CPP de 1986; art. 17 del CPP de 1987; art. 1 y 15 del CPP de 1991; art. 18 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 19 del CPP de 2000.

- *Fuentes:*

*Derecho de defensa como principio genérico:* Art. 8 del CPP de 2000.

*Primer inciso:* Art. 5 del CPP de 2000.

*Literal b.:* Art. 8 del CPP de 2000.

*Literal d.:* Art. 8 del CPP de 2000.

*Literal e.:* Art. 13 del CPP de 2000.

*Literal g.:* Art. 13, 14 y 15 del CPP de 2000.

*Literal h.:* Art. 19 del CPP de 2000.

- *Bases ideológicas:*

*Primer inciso:* Bases para un CPP para Iberoamérica (11 y 32).

*Literal a:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (8.7); Reglas de Mallorca (8.1 y 9.1); Bases para un CPP para Iberoamérica (20).

*Literal b.:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 2 Y 16.1); Reglas de Mallorca (11.1 y 12.1); Bases para un CPP para Iberoamérica (17, 20 y 44).

*Literal c.:* Reglas de Mallorca (8.2); Bases para un CPP para Iberoamérica (6 y 20)

*Literal d.:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 2, 12.1, 12.2 y 16.1); Reglas de Mallorca (11.1, 12.1 a 12.4, 20.3 y 19.3); Bases para un CPP para Iberoamérica (17 y 19).

*Literal e.:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (15.1 y 15.2).

*Literal f.:* Bases para un CPP para Iberoamérica (37).

*Literal g.:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 4, 13.3 y 16.5); Reglas de Mallorca (6, 25.1, 25.2, 29.2 y 29.3); Bases para un CPP para Iberoamérica (14, 19, 32 y 35).

*Literal h.:* Bases para un CPP para Iberoamérica (42).

**Base Número 7. Oralidad.** La actuación procesal será oral, para lo cual se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar un registro de lo acontecido. A estos efectos, se levantará una acta breve y clara que sintetice lo actuado.

- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 4, 13.3 y 13.4); Reglas de Mallorca (25.1); Bases para un CPP para Iberoamérica (32 y 35).

**Base Número 8. Actuación procesal.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia y el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

A estos efectos, serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación. El juez igualmente dispondrá de amplias facultades en los términos que reglamente la ley para sancionar por desacato a los sujetos procesales, testigos, peritos y demás intervinientes, que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos, con el fin de lograr una pronta y cumplida administración de justicia.

Para ello el juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen los sujetos procesales y que versen sobre aspectos en donde no exista controversia sustantiva y sin que implique una renuncia a los derechos constitucionales salvo que se trate de aquellas previsiones de la Base Número 6.

El juez que ejerza la función del control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales.

- *Antecedentes:* Art. 14 del proyecto de CPP de 1986; art. 11 del CPP de 1987; art. 1, 9 y 13 del CPP de 1991; art. 3, 5 y 15 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 9, 15 y 16 del CPP de 2000.

*Fuentes:* Art. 9, 15 y 16 del CPP de 2000.

**Base Número 9. Acceso de las víctimas al sistema judicial.** El Estado garantizará el acceso a la Administración de Justicia por parte de las víctimas, para ello proporcionará, cuando el interés de la justicia lo exija, los servicios de un apoderado judicial mediante el cual se respete el debido proceso y el derecho de las víctimas a la obtención de la reparación integral.

- *Antecedentes:* Art. 19 del proyecto de CPP de 1986; art. 16 del CPP de 1987; art. 11 y 14 del CPP de 1991; art. 4 y 20 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 10 y 21 del CPP de 2000.

- *Fuentes:* Art. 10 y 21 del CPP de 2000.

- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (17.1); Reglas de Mallorca (40, 42, 43).

**Base Número 10 Víctimas.** En desarrollo del proceso penal las víctimas del delito tendrán derecho a:

- a. Recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno.
- b. La protección de su intimidad y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y testigos a su favor.
- c. Acceso a la justicia y a una pronta e integral reparación de los daños sufridos.
- d. Ser oídas y a que se facilite el aporte pruebas.
- e. Recibir la información pertinente, desde el primer contacto con las autoridades, para la protección de sus intereses y a conocer los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.
- f. Que sus intereses sean considerados al adoptar una decisión discrecional sobre la persecución del delito.
- g. Ser informada sobre la decisión definitiva relativa a la persecución y a pedir su revisión.
- h. Ser asistidas, durante el juicio, por abogado, el que podrá ser designado de oficio.
- i. Recibir una indemnización.
- j. Recibir asistencia integral para su recuperación
- k. Ser asistida gratuitamente por un traductor o interprete en el evento de no conocer el idioma español.

- *Fuentes:* Arts. 2; 5; 229; 250 num. 4 Constitución Política. Sentencia C-1149 de 2001, Corte Constitucional.
- *Bases Ideológicas:* Reglas de Mallorca (40, 41, 42 y 43); Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder; Recomendación 85 (11), adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal; Decisión marco del Consejo de Europa, de marzo 15 de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal; Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas de la Sociedad Internacional de Victimología.

**Base Número 11. Lealtad.** Todos los que intervienen en la actuación procesal, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad.

- *Antecedentes:* Art. 6 y 12 del proyecto de CPP de 1986; art. 6 del CPP de 1987; art. 18 del CPP de 1991; art. 6 y 19 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 17 y 20 (modificado por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 17 y 20 (modificado por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.

**Base Número 12. Gratuidad.** La actuación procesal penal no causará erogación alguna a quienes en ella intervienen.

- *Fuentes:* Art. 22 del CPP de 2000.

## **Sección B. Bases aplicables a la investigación.**

**Base Número 13. Tutela judicial de la libertad.** Durante la investigación, le corresponderá al juez que ejerza la función del control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, la facultad de expedir el mandamiento escrito relativo a la privación de la libertad del imputado.

Será también atribución del juez que ejerza la función del control de garantías, la adopción de la medida de aseguramiento correspondiente, la cual estará sujeta a la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez que ejerza la función del control de garantías de manera inmediata.

- *Antecedentes:* Art. 3 y 5 del CPP de 1971; art. 4 del proyecto de CPP de 1986; art. 4 del CPP de 1987; art. 4 y 5 del CPP de 1991; art. 7 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 3 y 4 (declarado inexecutable por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 3 y 4 (declarado inexecutable por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (10.8, 10.10, 11.1 a 11.3, SECCIÓN B No.3); Reglas de Mallorca (2.1; 4.2, 16, 18.1 a 18.3, 19.2, 19.4 y 20.1); Bases para un CPP para Iberoamérica (2; 22 a 24).

**Base Número 14. Intimidación.** Toda persona tiene derecho a que se le respete su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrá requisarse ni realizarse incautaciones en su domicilio, lugar de trabajo, medio de transporte o sus efectos personales, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades y por motivos previamente definidos en la ley.

La Fiscalía General de la Nación podrá adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos deberá realizarse el respectivo control de legalidad dentro de las treinta y seis horas siguientes.

La búsqueda selectiva de la información en bases de datos computarizadas que comprometan la vida privada, para fines de la investigación criminal será realizada por la Fiscalía General de la Nación, la cual, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, deberá remitir la actuación al juez que ejerza el control de garantías para el respectivo control judicial.

- *Antecedentes:* Art. 3 y 5 del CPP de 1971; art. 4 del CPP de 1991; art. 7 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 3 del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 3 del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Reglas de Mallorca (18.1 a 18.3, 23.1, 23.2 y 24);
- Bases para un CPP para Iberoamérica (2, 12, 13, 23 y 24).

### **Sección C. Bases aplicables al Juicio**

**Base Número 15. Contradicción.** En desarrollo de la actuación, los sujetos procesales tendrán derecho a intervenir y controvertir las pruebas que sean practicadas en el juicio oral o, la prueba que de manera excepcional, se practique en forma anticipada durante la investigación.

- *Antecedentes:* Art. 11 del proyecto de CPP de 1986; art. 10 del CPP de 1987; art. 1 y 7 del CPP de 1991; art. 16 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 13 del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 13 del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 4 y 16.5); Reglas de Mallorca (29.2 y 29.3); Bases para un CPP para Iberoamérica (35).

**Base Número 16. Inmediación.** En el juicio, únicamente, se estimará como prueba la que haya sido practicada, producida o incorporada en forma oral y presenciada de manera ininterrumpida, ya sea por el juez que ejerza la función del control de garantías o por el



juez de conocimiento. Los funcionarios judiciales durante el juicio, no podrán comisionar, en ningún caso, para la práctica de pruebas. No obstante, en las circunstancias previstas expresamente por la ley, podrán tenerse como pruebas las producidas o incorporadas de manera anticipada durante la audiencia preliminar.

- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 4 y 13.3); Reglas de Mallorca (27, 28, 29.1 y 29.2); Bases para un CPP para Iberoamérica (21 y 32 a 35).

**Base Número 17. Concentración.** Durante la actuación procesal, la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse en un mismo día; si ello no fuere posible, deberá hacerse en días consecutivos, sin perjuicio de la facultad de suspender hasta por un término máximo de ocho (8) días, cuando medien circunstancias que lo justifique. El juez velará para que en su calendario no surjan otras audiencias intercaladas, de manera que pueda concentrar su atención en un solo caso a la vez, salvo las suspensiones.

- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (SECCIÓN B No. 4 y 13.3); Bases para un CPP para Iberoamérica (32).

**Base Número 18. Publicidad.** Dentro del proceso penal el juicio es público. Sin embargo, el juez de conocimiento podrá limitar el carácter público de las audiencias, en aquellos eventos en donde la publicidad de las mismas ponga en grave peligro a la víctima, los testigos, la seguridad nacional y el propio acusado. Lo anterior sin sacrificar la contradicción de la prueba.

- *Fuentes:* Art. 14 del CPP de 2000.

**Base Número 19. Juez natural.** Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especial instituido con posterioridad a la comisión de la conducta punible, o que este por fuera de la rama judicial del poder público.

La jurisdicción de las comunidades indígenas conocerá de las conductas punibles en los términos de la ley que regule la materia.

- *Fuentes:* Art. 11 (modificado por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.

**Base Número 20. Doble instancia.** Las sentencias condenatorias y las providencias interlocutorias que se refieran a la libertad del procesado, afecten la práctica de las pruebas o se refieran al régimen patrimonial, salvo las excepciones legales, serán susceptibles del recurso de apelación.

- *Antecedentes:* Art. 18 del proyecto de CPP de 1986; art. 15 del CPP de 1987; art. 16 y 17 del CPP de 1991; art. 17 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 18 (modificado por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 18 (modificado por la Sentencia C-760 de 2001) del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Reglas de Mallorca (35 a 38); Bases para un CPP para Iberoamérica (34).

**Base Número 21. Cosa juzgada.** La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será expuesta nuevamente a investigación o juzgamiento por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídico penal distinta.

- *Fuentes:* Art. 19 del CPP de 2000.

**Base Número 22. Restablecimiento del Derecho.** Cuando sea procedente y no se afecten los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa, los funcionarios judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

- *Antecedentes:* Art. 19 del proyecto de CPP de 1986; art. 16 del CPP de 1987; art. 11 y 14 del CPP de 1991; art. 20 del proyecto de ley del CPP de 2000 de la FGN; art. 21 del CPP de 2000.
- *Fuentes:* Art. 21 del CPP de 2000.
- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (17.1); Reglas de Mallorca (40 a 43).

**Base Número 23. Cláusula de exclusión.** Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que les sean consecuencia directa, o que hubieran podido allegarse o producirse, en razón de su existencia.

Sin embargo, una vez decretada su exclusión, podrán ser utilizadas únicamente como medio de impugnación de credibilidad de los testigos, peritos o del procesado.

- *Bases ideológicas:* Recomendaciones Instituto Interamericano de Derechos Humanos (8.1 a 8.8 y 9.1 a 9.4); Reglas de Mallorca (12.5 y 33.2); Bases para un CPP para Iberoamérica (36).

## ANEXO 2 - ESTRUCTURA PROYECTADA DEL PROCESO PENAL EN COLOMBIA

	FASE PRELIMINAR		FASE INTERMEDIA			FASE DE		JUZGAMIENTO
ETAPA / CARACTERISTICAS	(1) LABOR PREVIA DE INVESTIGACIÓN	(2) AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD	(3A) AUDIENCIA PRELIMINAR	(3B) ACUSACIÓN	(3C) LECTURA DE ACUSACIÓN / PRECLUSIÓN	(4A) AUDIENCIA PREPARATORIA	(4B) JUICIO ORAL	(5) AUDIENCIA DE DOSIFICACIÓN DE LA PENA
<b>AUTORIDAD</b>	Policía Judicial – Fiscalía	Fiscalía y Juez de control de garantías	Fiscalía y Juez de control de garantías	Fiscalía	Fiscalía y Juez de Conocimiento	Fiscalía y Juez de Conocimiento	Fiscalía y Juez de conocimiento (único o plural)	Juez de Conocimiento
<b>RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	No	Si	Si	No	Si, se mantienen	Si, se mantienen	Si, se mantienen	Si
<b>DURACIÓN</b>	Indefinida: Limite la prescripción	36 horas tanto para registros, allanamientos o interceptación de comunicaciones, lo mismo que para las capturas sin orden judicial	30 días si hay persona privada de la libertad 60 días si no hay persona privada de la libertad	15 días si hay persona privada de la libertad	30 días si no hay persona privada de la libertad	15 días si hay persona privada de la libertad 30 días si no hay persona privada de la libertad	60 días si hay persona privada de la libertad 90 días si no hay persona privada de la libertad Libertad provisional a los 180 días del inicio del juicio oral	30 días si hay persona privada de la libertad 60 días si no hay persona privada de la libertad
<b>PUBLICIDAD</b>	No	No	Si	No	Si	Si	Si	Si
<b>DEFENSA</b>	No	No: para registros, allanamientos o interceptaciones. Si: para la captura	Si	No	Si	Si	Si	Si
<b>DECISIONES JUDICIALES</b>	No	Si	Si	No	No para la acusación Si para la preclusión	Si	Si	Si
<b>RECURSOS</b>	No	Si, cuando se trata de confirmación de la captura	No. Audiencia Preliminar en alzada. Si para la privación de la libertad	No	Si para la preclusión	Si	Si	Si

<b>PRÁCTICA DE PRUEBAS</b>	No	Sólo la existencia de motivos fundados para la decisión	Si, excepcionalmente	No	No	No	Si	Si
<b>INTERVENCIÓN DE VÍCTIMAS/PROCURADURIA</b>	No, salvo la formulación de la denuncia o en general, noticia criminal	No	No	No	No	Si	Si	Si