

# DE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DE LOS CONGRESISTAS

## Capítulo III

### “La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento, a propósito de la Sentencia C-545 de 2008”

*Carlos E. Lozano Martínez*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos tres años, el país entero ha sido testigo de una de las controversias políticas más notables de su historia. La vinculación de miembros del Congreso con grupos armados al margen de la ley, generó, en magnitudes históricamente incalculables, la iniciación de procesos penales en contra de estos altos dignatarios del Estado. Por disposición expresa de la Carta Política, estos procesos deben surtirse en única instancia por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la garantía foral de que están revestidos estos funcionarios.

Sin embargo, esta modalidad de enjuiciamiento -que aunque de consagración constitucional, no deja de ser en todo caso excepcional-carente de precedentes judiciales claros y delineados, ha puesto en tela de juicio su legitimidad, cuando es sopesado frente a los derechos y demás garantías otorgadas por el propio ordenamiento. De ahí que, a nuestro juicio, la caótica manera en que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene desempeñando dicha función jurisdiccional, no sea más que el resultado de una acelerada y desprevénida interpretación de la voluntad del constituyente.

El artículo 235.3 de la Constitución Política de Colombia dispone que corresponde a la Corte Suprema de Justicia investigar y juzgar

a los miembros del Congreso, concentrando en ese tribunal ambas funciones. En ese orden de ideas, un mismo juez -aunque colegiado- está llamado a ejercer, tanto la instrucción como el juzgamiento de la causa que conoce. Dicho razonamiento no encuentra asidero en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Colombiano que, por consiguiente, hacen parte integral de la Constitución conforme al artículo 93 de la misma.

Bajo esa premisa, nos enfrentamos, *prima facie*, a una situación de trato desigual originada por la propia norma de normas, que podemos ejemplificar de la siguiente manera: mientras un miembro del Congreso, en función del fuero que ostenta, debe soportar –además, en única instancia– la carga de ser investigado y juzgado por un mismo funcionario, todos los demás ciudadanos y aforados son investigados y acusados por un funcionario distinto del que está llamado a juzgarlos.

La separación de estas dos funciones al interior del proceso penal, constituye históricamente una garantía mínima, edificada sobre la base de los presupuestos de un estado de derecho. Siendo ello así, la pregunta que inexorablemente suscita la cuestión es en dónde halla justificación el tratamiento diferenciado a que deben ser sometidos los miembros del Congreso, no habiendo ningún impedimento para que sean tratados como todos los demás ciudadanos, es decir, que sean investigados y acusados por funcionario distinto del juzgador. Esta garantía, que adicionalmente viene siendo una consecuencia del debido proceso, no puede ser objeto de excepciones, y en este sentido la Corte Constitucional de manera oportuna, pero no del todo satisfactoria, profirió la sentencia que aquí se analiza.

## 2. LA SENTENCIA

A continuación, se transcriben algunos apartes de la Sentencia C-545 de 2008, los cuales motivaron el sentido del fallo y cuyas consecuencias se analizarán.

### 2.1. La norma demandada.

LEY 906 DE 2004. “Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad

al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código entrarán en vigencia a partir de su publicación.”

## **2.2. La Demanda**

Los actores consideran que el precepto demandado vulnera el derecho a la igualdad, al consagrar un trato diferente para el procedimiento aplicable a la investigación y juzgamiento de los Congresistas por la Corte Suprema de Justicia.

Señalan que el Estado colombiano adoptó un sistema penal acusatorio con el Acto Legislativo 03 de 2002, que “*se tradujo*” en la expedición de la Ley 906 de 2004, de modo tal que “*conforme a la competencia de poder de reforma de la Constitución, el Congreso de la República transformó el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, adoptando un sistema propio para investigar y juzgar las causas criminales*”.

Recuerdan que el inciso 1° del artículo 116 de la Constitución establece quiénes administran justicia, entre estos, la Corte Suprema, que según el artículo 235 numeral 3° *ibidem*, tiene dentro de sus atribuciones la de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, sin reglamentar el procedimiento, como quiera que “*la norma se limitó a fijar una cláusula de competencia respecto de una concreta función de rango constitucional*”.

Plantean que aunque por el citado Acto Legislativo se adoptó un único sistema para las causas criminales, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 “*dejó abierta la posibilidad de que en el Estado Colombiano subsistan dos sistemas procesales penales completamente diferentes, uno de corte inquisitivo y el otro de corte acusatorio*”, siendo aplicado el primero de ellos “*y por querer de la sola Ley*”, a los procesos adelantados contra los miembros del Congreso de la República.

De esta forma, indican que ese “*trato diferenciado y derivado de la sola ley*” carece de un fundamento constitucional, por lo que

vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como quiera que *“a pesar de que la norma acusada regula una situación jurídica y fáctica diferente, el trato diferenciado adoptado por el legislador no encuentra una verdadera y razonada justificación, siendo por tanto la medida adoptada por la Ley, desproporcionada y contraria a los preceptos constitucionales”*...

### 2.3. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada, en los siguientes términos:

... Indica que al adoptarse el nuevo sistema penal acusatorio, no es posible que recaiga sobre la parte acusadora *“la doble función de investigar y juzgar”*, por ser contrario a la naturaleza de ese sistema procesal.

No obstante, refiere que la norma demandada no es inconstitucional, habida cuenta que en las *“investigaciones previas que adelanta la Corte Suprema de Justicia en contra de los congresistas no es dable aplicar el modelo acusatorio, toda vez que, por mandato de la constitución (art. 235-3), sobre dicha corporación recae la doble condición de investigador y juzgador, vale decir, el sistema aplicable a esas actuaciones es de corte inquisitivo y no acusatorio, por voluntad del constituyente de 1991”*.

Así, *“no solamente por los delitos investigados sino igualmente por la calidad de los imputados, la diferenciación en el trato legal está razonablemente justificada”*, de modo que esa diferencia *“cuenta con una explicación objetiva y razonable que la justifica”*, por lo que para esas actuaciones *“no opera el sistema penal acusatorio”*. Bajo tales supuestos, no se vulnera el derecho a la igualdad, *“pues se está en presencia de actuaciones de distinta naturaleza, llamadas a ser reguladas en forma diferente”*.

Complementa indicando que la disposición constitucional que señala la competencia de la Corte Suprema para la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, no sólo fija una cláusula de competencia, sino que *“dispone que el enjuiciamiento de los*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-545 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

congresistas se adelante conforme a un modelo procesal compatible con la concurrencia de las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo órgano, esto es, un sistema de procedimiento penal de tendencia inquisitiva que, ante la naturaleza del órgano competente, no conlleva ninguna de las restricciones a los derechos del procesado que usualmente se le endilgan a este modelo de administración de justicia penal”.

Finalmente, asegura que, contrario a lo expuesto en la demanda, esa medida legislativa no resulta innecesaria, *“pues solo un modelo procesal mixto o de tendencia inquisitiva permite que las decisiones más relevantes en el desarrollo del proceso, tanto en la etapa de investigación como de juzgamiento, sean adoptadas por el pleno de la sala, que es precisamente lo que persigue la Constitución”*, que se encamina *“a que sea una instancia colegiada, conformada por magistrados de las más altas calidades académicas, morales y de todas las tendencias políticas, la que determine si es procedente adelantar investigación contra los miembros del Congreso y si les asiste responsabilidad penal, decisiones que necesariamente deben ser resultado del debate sopesado de los miembros de la sala, por lo que la división de funciones de acusación y juzgamiento entre sus integrantes, como lo propone el demandante, haría nugatoria las finalidades perseguidas por el constituyente<sup>2</sup>”*. (Lo subrayado es nuestro).

## **2.4. Concepto del Procurador General de la Nación**

El Procurador General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada, en los siguientes términos:

... Puntualiza que al no ser tratados los Congresistas por la Constitución en materia penal de la misma forma que los demás ciudadanos, debe el legislador establecer un procedimiento especial para conservar la protección consagrada en la Carta, siempre que no se vulneren otros preceptos allí contenidos...

...Con fundamento en la condición especial de los Congresistas, explica que el establecimiento del fuero, radicando en el supremo tribunal de la justicia ordinaria la investigación y el juzgamiento,

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

conlleva que la calidad del Juez sea una garantía para los investigados, sin que ello comporte una situación desventajosa, teniendo como juzgador al máximo órgano de la rama judicial.

Entonces, considera que al ser una garantía de la democracia, la diferencia en el trato dado se encuentra política y jurídicamente justificada, bajo el propósito de mantener la unificación de la competencia de la Corte Suprema, cumpliéndose con la segunda condición, esto es, atender una finalidad constitucional.

Igualmente, precisa que la medida es razonable, coherente y proporcional, pues aunque el artículo 235 numeral 3º de la Constitución no estableció procedimiento alguno, “resulta evidente que el proceso acusatorio no tiene cabida en este caso”, toda vez que concentrar las dos funciones en un mismo órgano no es compatible con la estructura de dicho procedimiento, como quiera que su característica principal es la distinción entre el funcionario encargado de la investigación y el del juzgamiento.

Así, la aplicación del sistema con tendencia acusatoria es imposible, *“pues no existiendo órgano de investigación, juez de control de garantía y juez de conocimiento, no se pueden cumplir las funciones previstas para cada uno de estos órganos en el proceso acusatorio, a las que hace referencia el artículo 250 (reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002)”*.

Razona además que, pese a las diferencias de los sistemas, comparten los principios de “agilidad, publicidad, oralidad, contradicción, concentración, respeto por las garantías del procesado, igualdad, entre otros, si bien estos se aplican en correspondencia con las características de cada sistema”.

Concluye que no se está dando un trato diferente a sujetos que se encuentren en igual situación, *“de tal manera que el trato diferenciado está razonablemente justificado sobre elementos de carácter objetivo”*, además de corresponder a una finalidad constitucional legítima al no estar prohibido por la Carta, no constituir una apreciación arbitraria o irracional del legislador y encontrarse dentro del ejercicio de sus competencias<sup>3</sup>. (Lo subrayado es nuestro).

---

<sup>3</sup> Ibidem.

## 2.5. Consideraciones de la Corte Constitucional

### 2.5.1. Los procesos adelantados contra los altos dignatarios del Estado investidos de fuero constitucional, son especiales y no atentan contra el derecho a la igualdad

... (P)or determinación del constituyente de 1991, el numeral 3° del artículo 235 consagra la atribución de la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso, estableciendo de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, que lleva a que sean investigados y juzgados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 *ib.*) mediante un procedimiento de única instancia, generando a su favor dos ventajas: “*la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.*”...

...Entonces, la acción penal contra los miembros del Congreso se adelanta en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que no es solamente un tribunal de casación encargado del control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia (arts. 32.1, 180 y ss. L. 906 de 2004), y de revisión de las providencias señaladas al efecto (arts. 32.2, 192 y ss. *ib.*), sino la institución a la cual constitucionalmente se le ha encomendado el juicio de los más altos dignatarios del Estado (art. 235 Const., numerales 2°, 3° y 4°).

Así, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el *ius puniendi* del Estado, cuando de los miembros del Congreso se trate, a quienes el Constituyente les ha otorgado un fuero constitucional especial, señalando que ese alto tribunal no sólo es su juez natural, distinto del correspondiente a los demás ciudadanos, sino que la instrucción debe adelantarse en esa sede y no por la Fiscalía General de la Nación, ni por la Cámara de Representantes (art. 178.3 *ib.*), según sea el caso...

Debe recordarse que tratándose de la potestad de configuración, en particular sobre el juzgamiento de altos funcionarios por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia C-934 de

2006, previamente citada, se indicó que el legislador cuenta con un variado campo de acción:

*“Según la línea jurisprudencial recordada, (i) el juzgamiento de altos funcionarios por la Corte Suprema de Justicia no desconoce el debido proceso, porque obedece a las previsiones establecidas por el legislador en desarrollo de lo estatuido en la propia Carta; y (ii) el Legislador goza de potestad de configuración (a) para definir los cargos de los funcionarios que habrán de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que el texto constitucional autorizó expresamente al legislador para atribuir funciones a la Corte Suprema de Justicia; (b) para distribuir competencias entre los órganos judiciales (artículo 234, CP); (c) para establecer si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, y el legislador puede definir excepciones a ese principio; y (d) para definir los mecanismos a través de los cuales se pueden corregir eventuales errores judiciales, como quiera que el legislador puede establecer las acciones o recursos disponibles para impugnar decisiones adversas o contrarias a derecho.”...*

... No implica, entonces, que dichos sujetos pasivos de la acción penal no gocen de las debidas garantías procesales que deben rodear a toda persona vinculada a una investigación penal, ni que haya contraposición con los artículos 13 y 29 de la Carta Política, ni con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos en los cuales Colombia es un Estado parte; por el contrario, aunado a esas seguridades cuentan con el privilegio de que toda la actuación que curse en su contra se adelante por una pluralidad de juristas de reconocida probidad y la más elevada preparación y experiencia en la especialidad, de manera que asegura la ecuanimidad y resguarda la incolumidad en la correcta aplicación del derecho, lejos de circunstancias ajenas al proceso...

... Se arriba así a la conclusión de la carencia de fundamento en lo argumentado dentro de la demanda, como quiera que está demostrado que **no existe vulneración del derecho a la igualdad**, al ser distinta la situación fáctica y jurídica de los Senadores y Representantes a la Cámara, frente a otros aforados y, en general, ante todas las demás personas mayores de edad.

Claro está, además, que los Congresistas cuentan a cabalidad con las mismas garantías instituidas en la preceptiva penal sustancial (Constitución Política, bloque de constitucionalidad y la Ley 599 de 2000, junto con las normas que la modifican y complementan): dignidad humana, legalidad, igualdad y las consolidadas exigencias para el establecimiento de la responsabilidad, todo dentro del derecho de acceso a la administración de justicia, la gratuidad y la preeminencia del derecho sustancial<sup>4</sup>.

Hasta este punto, la Corte ratifica su jurisprudencia aunando lo resuelto en Sentencias: C-025 de 1993, C-142 de 1993, C-386 de 1996, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-873 de 2003 y C-934 de 2006.

### **2.5.2. Por evolución doctrinal, el cumplimiento futuro de las funciones de investigación y juzgamiento debe escindirse dentro de los miembros de la corporación constitucionalmente investida de esa competencia integral**

Aunque el precepto demandado no vulnera el derecho a la igualdad de los miembros del Congreso, por las razones expuestas con antelación, encuentra la Corte que el mismo debe ser analizado de cara a otros derechos, consagrados en la Constitución y, especialmente, reconocidos en el derecho internacional, atendiendo al efecto la doctrina y la jurisprudencia actual en materia procedimental, en particular, frente al derecho a un **juez imparcial**, en los desarrollos que trasnacionalmente ha venido presentando la búsqueda de un *“juicio cada vez más justo”*.

El artículo 29 de la Constitución Política colombiana consagra como derecho fundamental el debido proceso, enunciado para efectos del *ius puniendi* del Estado como la garantía que tienen las personas a ser juzgadas conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La normatividad constitucional alude a la competencia del juez o cuerpo colegiado ante el cual se deba adelantar el proceso, garantía que ya no puede ser interpretada de forma restrictiva, habida cuenta

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

de que la misma Carta puntualiza que tratándose del reconocimiento de derechos humanos y la prohibición a su limitación, los tratados y convenios internacionales “*ratificados*” por el Congreso prevalecen en el orden interno (art. 93 ib.), por lo cual tienen pleno vigor esos acuerdos celebrados por el Estado colombiano y, como criterios auxiliares, serán observadas la jurisprudencia y la doctrina que internacionalmente vayan evolucionando.

Bajo tales supuestos, el debido proceso no sólo alude al derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, preconstituido al acto que se imputa, sino a que el mismo debe ser imparcial. Esta garantía está así mismo instituida en constituciones europeas, inspiradas en el *due process of law* del derecho anglosajón, para potenciar el valor de la neutralidad del juez y así consolidar el modelo acusatorio, consagrando que en todo proceso deberá existir contradicción entre las partes, en condiciones de igualdad y ante un juez imparcial.

En el universo jurídico y político se ha considerado tradicionalmente que la imparcialidad está suficientemente garantizada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto.

Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó *verbi gratia* a proferir una resolución de acusación, -como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la Ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento)-, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconceptos que para él han resultado sólidos.

Esto se evita, según se ha asumido doctrinalmente y en creciente número de legislaciones, con la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el

investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.

Así, lo aconsejado es determinar si quien actúa como juez ha tenido alguna actuación anterior que contingentemente le haya podido generar preconceptos con aptitud de comprometer su criterio al momento de actuar como juzgador.

Como la carta política sigue avalando y obligando a la Corte Suprema **a investigar y juzgar**, ella misma, a los Congresistas, la total exclusión del servidor judicial de cualquier actividad previa en el asunto que vaya a ser sometido a su juzgamiento, es en Colombia una vía para extremar a futuro la adecuación de los procedimientos a las evoluciones internacionales, que se reflejan en los tratados que forman el bloque de constitucionalidad.

Bajo tales supuestos, si bien el aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004 es exequible, la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta providencia, para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 *ibidem* las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

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

Precisa la Corte Constitucional que dicho cambio de percepción, de naturaleza estrictamente procedimental, no tendrá ni podría tener efectos retroactivos, ni dará lugar a la aplicación del principio de

favorabilidad, en procesos que se hayan adelantado o estén en curso en la Corte Suprema de Justicia bajo el modelo vigente, ni los que no se hayan iniciado por delitos cometidos con anterioridad a la fecha de esta sentencia.

El artículo 29 de la Constitución consagra el principio de favorabilidad, que como excepción a la irretroactividad de la ley, conlleva que en materia penal la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplique de preferencia a la restrictiva o desfavorable, principio desarrollado en el inciso 2° del artículo 6° de cada una de las Leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004, dentro del principio de legalidad, donde además de especificar en la primera que ese beneficio cubre también a los condenados, los códigos procesales de 2000 y 2004 puntualizan que dicha favorabilidad aplica sobre la “ley procesal de efectos sustanciales”.

El aparte demandado del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, texto que sobra repetir que fue observado, estudiado, constatado, verificado, acordado, votado, aprobado y expedido por los Senadores y Representantes a la Cámara que entonces integraban el Congreso de la República, comporta una norma simplemente instrumental, de aplicación inmediata, sin que de una diferente elucidación hacia el futuro puedan devenir y menos prosperar reclamos de favorabilidad, pues simplemente señala la ritualidad de un procedimiento reglado por el legislador de 2000, el cual se adelanta desde la expedición de la Constitución de 1991, como en la actualidad, por la misma corporación.

Conclusión ineludible de los profundos análisis efectuados, es que a partir de esta providencia y precisamente por lo en ella determinado, en este ámbito no puede haber lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, ni a excepción de inconstitucionalidad, toda vez que con ocasión de la cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), los operadores judiciales no pueden inaplicar normas que han sido declaradas exequibles por esta corporación, con efectos de obligatoriedad y *erga omnes*, como ocurre con el aparte demandado, frente al cual se ha efectuado un control integral...

Así esta corporación, como conclusión de su intenso estudio, precisa que todos los procesos adelantados o concluidos bajo el esquema actual mantienen plena su constitucionalidad y legalidad; pero sí resulta constitucionalmente importante y por razones

procedimentales, que para el futuro el Congreso de la República, a través de su función de hacer las leyes, avance en el sentido de las interpretaciones más acogidas en torno a la apreciación de los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos, para el caso en cuanto a la actual intelección de la imparcialidad del juzgador, que se adapta de mejor manera si, en la situación bajo estudio, se separan al interior de la propia Corte Suprema de Justicia esas funciones de investigación y juzgamiento. Lo anterior conduce a declarar la exequibilidad de la expresión “*Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, objeto de la demanda formulada, en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas con antelación, para las conductas punibles cometidas por aquéllos a partir de mayo 29 de 2008, para de esta manera mantener invariable e igualitaria la misma normatividad competencial y procedimental que legal y constitucionalmente rige para todo lo acaecido hasta ahora.

El legislador establecerá el respectivo régimen de transición, si lo estima pertinente, acatando los efectos *erga omnes* y no retroactivos de esta sentencia, frente a delitos cometidos con anterioridad a su expedición, así aún no estén siendo investigados.

Cabe repetir finalmente que, al haber quedado definida la exequibilidad del texto legal acusado, dentro de las circunstancias analizadas y decididas mediante esta providencia, no habrá lugar a excepciones de inconstitucionalidad.

### **Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### **RESUELVE**

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000*”, contenida en el inciso primero del artículo 533 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que

el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase<sup>5</sup>. (Lo subrayado es nuestro).

A esta conclusión arriba la Corte, basándose en diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así como en jurisprudencia foránea que los desarrolla. En concreto; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, así como, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. Sobre el contenido de algunos de estos instrumentos, trataremos en la fase de análisis.

### 3. ANÁLISIS

#### 3.1. Los sistemas inquisitivo, acusatorio y mixto

La ciencia del derecho procesal penal se ha encargado de determinar las diferencias puntuales entre los modelos inquisitivo y acusatorio<sup>6</sup>. Sin embargo, en el tráfico jurídico, son frecuentes los desacuerdos al momento de señalar las características que delimitan las fronteras entre uno y otro sistema. Estas discrepancias, a nuestro modo de ver, se originan por la falta de un cabal entendimiento de lo que es el llamado sistema acusatorio formal, o mixto, cuya configuración estructural, es el resultado de la confluencia de instituciones pertenecientes a los dos primeros. Éste último, surgido históricamente tras la importación de figuras de los dos extremos, ha llegado a formar muy variados sistemas en muy diversos países, en los que preponderan elementos del modelo inquisitivo, en unos,

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> El término preciso es el de adversarial, proveniente del Common Law, con el cual se designa el modelo procesal penal, cuyos intervinientes (acusación y defensa) tienen la calidad de partes y obran en igualdad de condiciones.

y elementos del modelo acusatorio, en otros, como el vigente en Colombia con la promulgación de la Ley 906 de 2004.

La tendencia actual es la globalización del sistema acusatorio, siendo que este es el modelo procesal con que históricamente se identifica el garantismo penal. De ahí, que muchos países, incluido Colombia, hayan hecho el tránsito en sus sistemas, o a lo menos, modificado los existentes, en busca de una mayor garantía de los derechos humanos, piénsese en la economía, celeridad, eficacia y en fin, las garantías que ofrece. Ello, no significa que el sistema colombiano anterior - Ley 600 de 2000 - no fuese un sistema respetuoso de los mismos, sino que se optó por una vía en la que se verían mejor salvaguardados - Ley 906 de 2004 -, de acuerdo con las directrices contemporáneas.

Partiendo de ese estado de cosas, se preguntarán, por qué hablamos de un sistema mixto y no hacerlo de uno inquisitivo o acusatorio, propiamente dicho, términos con que se han identificado nuestros últimos dos estatutos procesales penales, respectivamente. Sobre esto nos dedicaremos en este acápite y luego de una revisión de tratados internacionales, jurisprudencia y doctrina, podrá comprenderse el porqué de la cuestión. Además, podremos observar cómo la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, en su momento, al intervenir en la sentencia que motiva este trabajo, incurren en imprecisiones, jalonando con ello graves consecuencias, por una incorrecta apreciación de los conceptos inquisitivo, acusatorio y mixto.

Iniciemos por precisar, que como inquisitivo y acusatorio se tienen, estructural o formalmente entendidos, dos extremos radicalmente opuestos, que pueden explicarse así;

...se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una

instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa<sup>7</sup>.

Esto no significa que los dos extremos sean del todo irreconciliables, puesto que a “ambos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales”<sup>8</sup>, como lo son, las contempladas en los derechos humanos. Así que, independientemente de que el sistema acusatorio favorezca modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad<sup>9</sup>, y el sistema inquisitivo, tienda a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento<sup>10</sup>, éstas vienen siendo diferencias, que en la actualidad, no deben trascender más allá del plano eminentemente formal o estructural, es decir, en nada pueden llegar a incidir en garantías fundamentales, como la del *Nullum iudicium sine accusatione* o principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación<sup>11</sup>.

Para una mejor asimilación de lo dicho, es preciso indagar un poco en la historia de ambos sistemas. “Es pacífico que el proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio”<sup>12</sup>. “Es precisamente de esta naturaleza *privada* o polar –y en cualquier caso voluntaria– de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano *ordinario*, los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes<sup>13</sup>”, entre muchas otras.

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 2001. 564 p.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*. 93 p.

<sup>12</sup> *Ibidem*. 564-565 p.

<sup>13</sup> *Ibidem*. 565 p.

Con el advenimiento del periodo imperial, los *crimina laesae maiestatis* como una categoría de *delicta publica*, por la naturaleza de la ofensa -atentado directo contra los intereses del príncipe- dieron vía libre a la persecución de oficio<sup>14</sup>. En esas circunstancias, “la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia y por la oculta calumnia, que se convirtieron en un instrumento de la tiranía”<sup>15</sup>. Así, con la *cognitio extra ordinem* del derecho imperial romano, nace el proceso inquisitivo<sup>16</sup> en su faceta oscura<sup>17</sup>, “tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados del príncipe (los *irenarchi*, los *curiosi*, los *nunciatores*, los *stationarii*), basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura”<sup>18</sup>.

Luego de la caída del imperio romano, esta modalidad de proceso fue ampliamente utilizada durante la edad media por el estado absolutista, particularmente más recordado, en los juicios de la santa inquisición. Fue con la revolución francesa y la entrada en escena del periodo de la ilustración, con los cuales se emprendió un combate frontal contra las atrocidades de la monarquía, lo cual terminó perfeccionándose en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyos principios orientaron hacia el retorno a un sistema acusatorio<sup>19</sup>. Sin embargo;

“(L)a experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue llamado proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> O mejor, inquisitorial.

<sup>17</sup> *Ibidem*. 565 p.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*. 566 p.

del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase”<sup>20</sup>.

Amén del desacierto que representó dicha unión, en tanto que reputado como sistema mixto, el modelo napoleónico es notoriamente más inquisitivo que acusatorio; es preciso reconocer que este sistema se esparció con gran rapidez por todo el continente europeo y, por supuesto, llegó también hasta nosotros. Los únicos vestigios del sistema acusatorio originado en la Roma republicana que permanecieron incólumes, fueron los de Inglaterra y Estados Unidos, los cuales perduran hasta el día de hoy, habiendo evolucionado bajo el rótulo de *adversary systems*. Son estos, los sistemas que hoy se califican como adversariales o acusatorios puros, a cuya tendencia inclinan Códigos como el colombiano, expedido mediante la Ley 906 de 2004.

Conforme a lo anterior, es visible que por inquisitivo se puede entender hoy, por un lado, aquel sistema arbitrario, inhumano y degradante, utilizado por la Roma imperial y luego por la santa inquisición, acompañado de la tortura como medio lícito para la consecución de la prueba, en donde al reo no se le respetan los más elementales derechos.

Por otro, el sistema ideado con posterioridad a la revolución francesa, cuya composición estructural es el resultado de la importación de elementos únicamente formales<sup>21</sup> del indicado en el párrafo anterior, escúchese bien, únicamente formales, que pese a provenir de aquella infortunada costumbre histórica, al momento de unificarse con algunos del acusatorio, formaron un sistema en el que la confluencia de factores, aun los del primero, no viera afectados los logros de los revolucionarios franceses, resultando en todo caso, ajustado a los postulados del entonces naciente estado de derecho.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Como lo son aspectos como el de la atribución del juez para la recolección de la prueba oficiosamente y la instrucción escrita, en todo caso, no tocantes con el tema sustancial o de garantías.

De manera que el término inquisitivo suele utilizarse en un sentido peyorativo, para designar el proceso inquisitorial<sup>22</sup>, y en sentido más apropiado, jurídicamente hablando, para identificar el modelo que definió las formas del actual proceso mixto -de tendencia inquisitiva-<sup>23</sup>, importado por el Estado colombiano, como en muchos otros países, del Código Napoleónico de Instrucción Criminal de 1808, ajustado, desde entonces, al principio *nullum iudicium sine accusazione* o de la separación entre juez y acusación.

Ello explica por qué es un sistema todavía vigente<sup>24</sup>, que en todo caso nunca debe ser confundido ni asociado con la tortura y la ausencia de garantías, características del propiamente llamado inquisitorial, en donde el reo carece de todo derecho. De lo anterior, conclúyase que Colombia pasó de un sistema mixto con preponderancia inquisitiva –como el Código Napoleónico– a uno mixto con preponderancia acusatoria, mixto en todo caso, como herencia napoleónica que constituye gran parte de nuestra tradición jurídica.

Sin más consideraciones al respecto, abordemos ahora el tema de cara a la sentencia en comento.

Tanto la Fiscalía, como la Procuraduría General de la Nación, solicitaron declarar la constitucionalidad de la norma demandada. Compartieron el argumento de que la concurrencia de las funciones

---

<sup>22</sup> **Inquisitorial.** Adj. Perteneciente o relativo al inquisidor o al antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición. 2. Dicho de un procedimiento: Parecido a los del antiguo Tribunal eclesiástico de la Inquisición. **Inquisidor, ra.** (Del lat. *Inquisitor, -oris*). Adj. Que inquiera. U. t. c. s. 2. m. Juez eclesiástico que conocía de las causas de fe. **Apostólico.** m. El nombrado por el inquisidor general para entender, a título de delegado, dentro de una marcación eclesiástica, en los negocios pertenecientes a la Inquisición, principalmente en los nombramientos de familiares, jueces de causas, etc. **De Estado.** m. En la república de Venecia, cada uno de los tres nobles elegidos del Consejo de los Diez, que estaban diputados para inquirir y castigar los crímenes de Estado, con poder absoluto. Diccionario RAE, vigésima segunda edición.

<sup>23</sup> **Inquisitivo.** (Del lat. *Inquisitivus*. Adj. Perteneciente o relativo a la indagación o averiguación. 2. Que inquiera y averigua con cuidado y diligencia las cosas o es inclinado a ello.

<sup>24</sup> Piénsese en la Ley 600 de 2000 o en el actual sistema Mexicano, como ejemplo foráneo.

de investigación y juzgamiento en cabeza de la Corte, atiende la naturaleza inquisitiva del proceso que ante ella se surte –Ley 600 de 2000–, y en ese orden de ideas, la aplicación del sistema acusatorio –Ley 906 de 2004– resulta improcedente, en tanto uno de sus rasgos característicos es la distinción entre el funcionario encargado de la investigación y el del juzgamiento.

De acuerdo a todo lo dicho respecto de la evolución histórica de los sistemas inquisitivo y acusatorio, en particular lo referente al sistema mixto como resultante de la unión de esas dos tradiciones, que se afirmó con gran fuerza después de la revolución, cabe preguntarse ¿a qué se refieren los intervinientes, cuando emplean el término sistema inquisitivo, identificándolo como un modelo en el que es natural encargar a un mismo funcionario las funciones de investigación y juzgamiento?

Decíamos más arriba que se llamó mixto el sistema napoleónico llamado a regir para el periodo postrevolucionario, que de tendencia inquisitiva, se arraigó en todo el mundo de tradición continental europea. En otro sentido, llamamos inquisitorial al régimen déspota de la era monárquica, donde los ciudadanos carecían de derechos y garantías frente al poder omnímodo del Estado absolutista.

Sólo en este último encontraría asidero la conclusión de los intervinientes, pues sólo ante la inexistencia del estado de derecho, correspondiente al periodo prerrevolucionario, era posible que un mismo funcionario -en nombre del rey- investigara, torturara, acusara y juzgara. De manera, que la observación que merece la vista de los intervinientes se encamina, en primer lugar, a corregir el concepto errado, que del término inquisitivo proponen.

Con amplitud se expuso, que el sistema mixto napoleónico, que hoy la gran mayoría identifica con el apelativo de inquisitivo por su tendencia, fue edificado sobre la base de un naciente estado de derecho, cuyo punto cardinal era la legalidad. Esta orientación, salvaguardaba el principio del que hemos hecho mención en varias ocasiones; el *nullum iudicium sine accusatione* o de la separación entre juez y acusación.

En este orden de ideas, si para los intervinientes el sistema inquisitivo –Ley 600 de 2000– aplicable en la Corte Suprema de Justicia, no es compatible con la idea de una acusación separada funcionalmente del juzgamiento, están haciendo una referencia al régimen prerrevolucionario inquisitorial y no al sistema mixto de tendencia inquisitiva, surgido del Código de Napoleón.

Esta imprecisión resulta en todo caso grave, pues de ella dimana una petición de exequibilidad sustentada sobre una apreciación incorrecta de los orígenes e instituciones de los últimos dos sistemas procesales penales en Colombia.

Del razonamiento de los intervinientes se infiere que la desconcentración funcional de la investigación y el juzgamiento, es un rasgo propio del nuevo modelo procesal, que no comparte el anterior. Sin embargo, apropiarnos de esta conclusión resulta a todas luces impropio. De un simple vistazo a las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004<sup>25</sup>, se evidencia que tanto en uno como en otro, la investigación y el juzgamiento corresponden a organismos y funcionarios diferentes. Esta desconcentración funcional se erige hoy como una garantía mínima del proceso penal, de acuerdo con los postulados de los Derechos Humanos y por consiguiente de la Constitución Política de Colombia.

De ahí que las consideraciones, tanto de la Procuraduría como de la Fiscalía General de la Nación, resulten totalmente inconsecuentes con la razón de ser de dicha separación orgánica, que como hemos dicho, atiende una razón sustancial que hunde sus raíces en los Derechos Humanos y en la Carta Política, que corresponde tanto al procedimiento contemplado en la Ley 600 de 2000, como en la Ley 906 de 2004, no tratándose de una mera diferencia instrumental o formal, como pretenden hacerlo ver.

No a otra conclusión se llega, cuando se da un vistazo a la jurisprudencia extranjera, que como fundamento cita la sentencia, en consideración

---

<sup>25</sup> Artículo 26 de la Ley 600 de 2000 y Artículo 66 de la Ley 906 de 2004, relativos a la acción penal.

al derecho a un juez imparcial como garantía judicial, prevista en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia<sup>26</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha señalado oportunamente:

*“En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos venimos distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La primera exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo o indirecto. **La imparcialidad objetiva puede darse cuando los Magistrados no han tenido contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto.**”*<sup>27</sup> (No está en negrilla en el texto original.)

Con mayor precisión, en pronunciamiento anterior expuso:

*“No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. **Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso ‘De Cubber’, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso ‘Piersack’, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en***

---

<sup>26</sup> Artículo 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11 de enero 17 de 2000, citada en la Sentencia C-545 de 2008.

*esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados.*

*Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída 'por un Tribunal independiente e imparcial'. Pues bien, en su citada Sentencia 'De Cubber', el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del convenio.<sup>28</sup>' (No está en negrilla en el texto original.)*

Con acierto, la Corte Constitucional recoge esta doctrina, aunque tardíamente venga a ser parte de la nuestra. Además, no sobra una última anotación, reiterando alguna de las consideraciones de la Procuraduría General de la Nación. A juicio del Ministerio Público, basándose en su premoderno concepto de lo inquisitivo, el hecho de que la Corte asuma la instrucción y el juzgamiento de una misma causa, tratándose de los miembros del Congreso, resulta razonable, coherente y proporcional.

Ni razonable, ni coherente, ni proporcional, como hemos visto, resulta concebir el procedimiento ante la Corte, tal como estaba planteado antes del pronunciamiento que aquí analizamos.

Dos conclusiones afloran de esta primera parte del análisis;

1. Concebir un proceso penal en el que un mismo órgano o funcionario concentra las funciones de investigación y

---

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145 de 1988, citada en la Sentencia C-545 de 2008.

juzgamiento, no se ajusta a los derechos y garantías que otorgan nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

2. La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento es una garantía que se predica, tanto de la aplicación del Código de Procedimiento Penal anterior – Ley 600 de 2000 – como del actual – Ley 906 de 2004.

### **3.2. La competencia de la Corte para investigar y juzgar no impide la desconcentración de dichas funciones al interior de esa corporación**

Como complemento de lo anterior, ahora cabe preguntarse, si bien al interior de la Corte Suprema de Justicia deben escindirse las funciones de investigación y juzgamiento, ¿como se surtirán estas funciones a futuro?

Para dar una posible respuesta a este interrogante, lo más idóneo es remitirse a lo que hoy es marco de referencia en este asunto, La Corte Penal Internacional. Siendo el órgano calificado para procesar los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad y con jurisdicción, hoy por hoy, en la mayoría de países del mundo, su composición y Estatuto es el resultado de la confluencia de diversas tradiciones jurídicas, particularmente las de common y civil law. De ahí, que podamos acuñar dos posibles respuestas, adaptables a nuestro ordenamiento jurídico, para el interrogante que nos hemos planteado.

La primera, con consecuencias más garantistas, sería reproducir el modelo de la Corte Penal Internacional, en donde la labor de instrucción o investigación la ejerce un fiscal, y el juzgamiento, los magistrados o jueces propiamente dichos<sup>29</sup>. El problema que esta solución plantearía, es que la propia Constitución es la que encomienda esta doble función a la Corte Suprema, la cual debiendo hoy separarse, no la sustrae de esa competencia otorgándosela a la Fiscalía.

---

<sup>29</sup> Artículos 15, 34 y 39 Núm. 2 Lit. (a) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La segunda, por razón del inconveniente que acabamos de exponer, es la que ordena la Corte Constitucional, que no consiste más que en separar las susodichas funciones, radicándolas en cabeza de distintos magistrados, pero dejando en todo caso las dos atribuciones a la misma Corte.

Como quiera que sea, lo que vale la pena rescatar de esta breve reflexión, es que, sea la misma Corte o concurriendo la Fiscalía, dichas funciones deben radicar en cabeza de distintos funcionarios, en tanto es una garantía fundamental para edificar un proceso justo.

Así mismo, debe también rescatarse que dicha separación funcional, aun tratándose de una misma corporación, es perfectamente realizable, por no decir necesaria. De manera, que esta transformación es ya una realidad en nuestro ordenamiento<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> En atención al pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-545 de 2008, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia adicionó el reglamento general de esa corporación por medio del Acuerdo 001 de 2009, en los siguientes términos: “**Artículo 55.** *Las investigaciones en materia criminal, que en virtud de las atribuciones constitucionales o legales deba adelantar en única instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia serán repartidas a los tres Magistrados que conforme a las directrices fijadas por esa Sala se encuentren en turno para tal efecto. La Sala establecerá los criterios para determinar cual de ellos actuará como acusador. La función de juzgamiento será cumplida en cada caso por los seis Magistrados restantes; de presentarse un empate respecto de un proyecto de decisión, se sorteará un conjuez. Artículo 56.* *Presentada la notitia criminis y establecida la competencia, se someterá a reparto entre los mencionados Magistrados de instrucción, estando a cargo de aquellos a los cuales les corresponda el asunto el adelantamiento de la fase de investigación, así como la calificación del sumario. Artículo 57.* *Las funciones de juzgamiento serán cumplidas por los seis Magistrados restantes y sus decisiones se adoptarán por la mayoría de votos. Parágrafo. Los Magistrados instructores quedarán impedidos para actuar como falladores en la fase de juzgamiento, debiendo atender en esta segunda etapa alguno de aquellos la labor que compete al acusador. Artículo 58.* *Las actuaciones y decisiones adelantadas y adoptadas, tanto en la investigación como en el juzgamiento serán de única instancia, se seguirán y adoptarán de acuerdo con la Ley 600 de 2000. Si bien la Corte Suprema adopta el nuevo direccionamiento del juez constitucional, se trata de un acatamiento parcial, en tanto que estas disposiciones exigen consagración legal, más aún, cuando se trata de normas de orden público.*”

### 3.3. El efecto modulativo de la sentencia no puede redundar en perjuicio de otras garantías fundamentales

Si bien, ya pudo dilucidarse algo de las consecuencias importantes del fallo, pasamos ahora a analizar lo que pueden ser los efectos catastróficos del mismo. Como bien se observó, el texto de la norma demandada fue declarado exequible y se le condicionó ordenando la tan reiterada separación de funciones. Sin embargo, el análisis de la Corte Constitucional no terminó allí y se extendió al punto de la favorabilidad, en consideración de la multiplicidad de procesos que hoy se ventilan ante la Corte Suprema, ante posibles peticiones de modificar la ritualidad de los procedimientos.

A juicio de la Corte Constitucional, la modificación que el pronunciamiento representa no repercute más allá de lo eminentemente procedimental o instrumental, y en ese orden de factores, ninguna petición de favorabilidad estaría llamada a prosperar, en tanto este beneficio se predica únicamente de la ley de efectos sustanciales, no de la procesal, que surte efectos inmediatos y hacia el futuro.

A nuestro modo de ver, la sentencia, si bien por un lado salvaguarda con acierto preciadas garantías, como la del *nullum iudicium sine accusatione*, por otro, las aniquila, restringiendo el derecho al debido proceso negando, anticipadamente, cualquier petición de favorabilidad.

Debemos iniciar por precisar, que con todo lo dicho hasta el momento, la modificación que con esta sentencia se postula escapa de lo meramente instrumental, arraigándose más bien en lo puramente sustancial, cuando raya con garantías fundamentales.

Al respecto, téngase en cuenta que; La legislación imperante consagra el principio general de la prohibición de la aplicación extraactiva de la ley penal, salvo los casos de favorabilidad (Const. Pol., art. 29.3; PIDCP, art. 15; CASDH, art. 9; C.P., art. 6, incs. 1, 3 y 4; C. de P. P., art 6 inc. 2 y Ley 153 de 1887, arts. 40 a 44), sin distinciones de ninguna índole, trátase de supuestos de hecho delictivos o contravencionales, de penas o medidas de seguridad,

todo ello en tratándose tanto de normas sustantivas como procesales o de ejecución penal. Es más, incluso puede invocarse la aplicación retroactiva en casos de pronunciamientos expedidos por la Corte Constitucional y/o los organismos competentes para ello, cuando dicho organismo declara inexecutable disposiciones de índole penal, o cuando cambia su jurisprudencia<sup>31</sup>.

Ahora, de las normas procesales se suele decir que aquellas que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades o formalismos del proceso, no admiten aplicación extraactiva por ser de ejecución inmediata, en tanto se trata de normas neutras. Sin embargo, teniendo en cuenta los efectos y la valoración social que implican<sup>32</sup>, resultaría equívoco afirmar que una norma procesal no surte también una consecuencia sustancial.

---

<sup>31</sup> VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal Parte General*, ed. Comlibros, 2009; *Al respecto, también ROXIN, C. afirma, "naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolución se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable"*, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 166, Editorial Civitas S.A., 1997. *Es decir, no reconoce la aplicación extraactiva de la jurisprudencia de un modo absoluto, sino con el reconocimiento del error de prohibición en aquellos casos en que un cambio jurisprudencial pueda resultar desfavorable; En el mismo sentido JAKOBS, G. anota, "(p)or lo demás, la regulación del error de prohibición del 17 StGB protege ante la exigencia excesiva al autor en caso de cambio de jurisprudencia"*, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 128, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995. *También en; ZAFFARONI, E., ALAGIA, A., SLOKAR, A., se lee, "(c)uando una acción que hasta ese momento era considerada lícita pasa a ser tratada como ilícita, en razón de un nuevo criterio, no puede serle reprochada al agente, porque eso equivaldría no sólo que los habitantes deban abstenerse de lo que la jurisprudencia considera legalmente prohibido, sino también de lo que podría llegar a considerar prohibido en función de posibles e innovadores criterios interpretativos. No se trata de una cuestión de legalidad ni de tipicidad, sino de una cuestión de culpabilidad, que debe plantearse como error de prohibición invencible"*, *Derecho Penal Parte General*, p. 126, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

<sup>32</sup> VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal Parte General*, ed. Comlibros, 266-267p., 2009.

Pudo evidenciarse, que cuando se separan las funciones de investigación y juzgamiento, lo que se busca es una mayor garantía de la imparcialidad del juez, y no siendo este un elemento instrumental, ni mucho menos neutro, no cabe duda de que nos enfrentamos a una modificación directamente incorporada a la garantía del debido proceso. En este orden de ideas, mal afirma la Corte que al separar las funciones de investigación y juzgamiento se lidia con un tema procedimental.

Por otro lado, se observa cómo el razonamiento anterior se predica de un efecto modulativo que se da a la sentencia. Si bien, en uso de esta atribución pueden distinguirse diversos tipos de modulación<sup>33</sup>, esta vía de argumentación jurídica no puede ser óbice para limitar o eliminar garantías otorgadas por la misma Constitución, como lo son; el principio de favorabilidad y la excepción de inconstitucionalidad<sup>34</sup>.

En este sentido, el razonamiento de la Corte, aun pudiendo considerarse como interpretativo, hace nugatorio el derecho al debido proceso, tal y como está concebido, en punto de la ley penal más favorable.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Concebir un proceso penal en el que un mismo órgano o funcionario concentra las funciones de investigación y

---

<sup>33</sup> Se pueden identificar varios tipos de modulación, según ésta recaiga sobre su contenido o sobre sus efectos temporales. Sobre el contenido se pueden nombrar las sentencias interpretativas, sustitutivas e integradoras; y desde el punto de los efectos temporales, se pueden identificar las retroactivas y las diferidas. Boletín No. 17 del Instituto de Estudios Constitucionales de la Escuela de Derecho. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia, por Miguel Ocampo Gómez. 8 p. Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, marzo de 2009.

<sup>34</sup> En Sentencia C-545 de 2008, el Magistrado Humberto Sierra Porto salvó el voto afirmando que pese a tratarse de una sentencia interpretativa, podría ser asimilada a una con efectos diferidos, toda vez que en virtud del principio de favorabilidad en materia penal, no resulta posible fundamentar constitucionalmente que una misma ley inconstitucional es válida para unos casos y para otros no. Así, como también es enfático en que no resulta posible disponer del alcance de la figura de la excepción de inconstitucionalidad ni petrificar las eventuales nulidades procesales que derivaren de la aplicación de la ley inconstitucional.

juzgamiento, no se ajusta a los derechos y garantías que otorgan nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

2. La desconcentración de las funciones de investigación y juzgamiento es una garantía que se predica, tanto de la aplicación del Código de Procedimiento Penal anterior – Ley 600 de 2000 – como del actual – Ley 906 de 2004.
3. Las funciones de investigación y juzgamiento deben radicar en cabeza de distintos funcionarios, en tanto es una garantía fundamental para edificar un proceso justo. Dicha separación funcional, aun tratándose de una misma corporación, es perfectamente realizable, por no decir necesaria.
4. Amén del efecto modulativo que se le puede dar a una sentencia, ello no puede redundar en perjuicio de otros derechos fundamentales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### **Doctrina:**

1. VELÁSQUEZ V, Fernando. Derecho Penal Parte General, Ed. Comlibros. 2009.
2. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
3. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.
4. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995.
5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl., ALAGIA, Alejandro., SLOKAR, Alejandro., Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.
6. Boletín No. 17 del Instituto de Estudios Constitucionales, Escuela de Derecho. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia, por Miguel

**Tratados Internacionales:**

7. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
8. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
9. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
10. Convención Americana de Derechos Humanos.

**Normas jurídicas nacionales:**

11. Constitución Política de Colombia.
12. Ley 153 de 1887.
13. Ley 599 de 2000.
14. Ley 600 de 2000.
15. Ley 906 de 2004.
16. Acuerdo 001 de 2009, adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

**Jurisprudencia:**

17. Sentencia C-025 de 1993.
18. Sentencia C-142 de 1993.
19. Sentencia C-386 de 1996.
20. Sentencia C-561 de 1996.
21. Sentencia C-411 de 1997.
22. Sentencia C-873 de 2003.
23. Sentencia C-934 de 2006.
24. Sentencia C-545 de 2008.
25. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145 de 1988, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
26. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 11 de enero 17 de 2000, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
27. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 “Caso Piersack”, citada en la Sentencia C-545 de 2008.
28. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 “Caso De Cubber”, citada en la Sentencia C-545 de 2008.