

CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Necesidad de variar la advertida por juez y dada a conocer al fiscal en audiencia pública

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO PENAL-Distinción entre posición del acusador y sindicado/DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO-Variación de acusación/CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Oportunidad de defensa del sindicado

En el caso particular de la defensa, dentro del proceso penal, resulta de suma importancia distinguir la posición del acusador de la que le corresponde asumir al sindicado, en cuanto éste requiere que aquel defina la acusación para proveer su defensa, de tal suerte que lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios. Además, el sindicado puede interponer los recursos de reposición y de apelación contra la decisión del fiscal de variar la calificación. Y, en firme tal decisión, puede solicitar la suspensión de la audiencia con miras a que se decreten nuevas pruebas con el fin de refutar o reafirmar la mutación y, además, sostener su defensa.

CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Advertencia del juez al fiscal de variación no afecta imparcialidad

CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Advertencia del juez al fiscal de variación no constituye prejuzgamiento

Referencia: expediente D-3573.

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del numeral 2 del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Actor: Edgar Manuel Caicedo Barrera.

Magistrado Ponente:

1. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre del año dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Edgar Manuel Caicedo Barrera demandó el inciso primero del numeral 2º del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, “ por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mediante auto de 22 de junio del presente año el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, ordenó fijarla en lista, dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de su competencia, ordenó comunicar su iniciación al señor Presidente de la República y al Presidente del Congreso, así como también al Ministro de Justicia y del Derecho y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a fin de que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir acerca de la demanda de la referencia.

### II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 44.097 del 24 de Julio de 2000, se subraya lo demandado y se resalta el aparte, no demandado, declarado inexecutable por esta Corporación.

“LEY 600 de 2000”

(Julio 24)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

El Congreso de Colombia

DECRETA:

LIBRO III

JUICIO

TITULO I

JUZGAMIENTO

Artículo 404. Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. Concluida la práctica de pruebas, si la calificación jurídica provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará la fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica, se dará aplicación al numeral primero de éste artículo. Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación<sup>1</sup>.

Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable en sus estrados.”

### III. LA DEMANDA

El actor señala que la norma demandada contraría el artículo 29 de la Constitución Política, por las razones que a continuación se resumen.

Fundamenta su cargo en que el inciso primero del numeral 2 del artículo 404 de la Ley 600, faculta al juez para variar la calificación, haciendo de ésta manera nugatoria la potestad acusatoria de la Fiscalía General de la Nación, comprometiendo la imparcialidad del juzgador y quebrantando el derecho de defensa del demandado, como quiera que insiste en que toda persona tiene derecho a ser oída de manera que pueda, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías, controvertir las acusaciones que formulen en su contra.

Además, conceptúa que el legislador desconoció la “(..) intención del constituyente (..)”, quien atribuyó a la Fiscalía la posibilidad de acusar con el propósito de preservar la imparcialidad del juzgador.

### IV. INTERVENCIONES

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, atendiendo la invitación formulada por el Magistrado Sustanciador, designó al académico Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez para intervenir en el presente asunto, quien solicita desatender las pretensiones del actor, con base en los argumentos que a continuación se sintetizan.

En primer término, se refiere a la falta de técnica y argumentación jurídica de la demanda presentada y a la dificultad que las falencias de la demanda generan para abordar un examen de constitucionalidad de la norma “serio, atendible y científico”.

Sin embargo, luego de describir el contenido normativo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 -parcialmente demandado-, se pronuncia sobre la pretensión del actor, aludiendo a que la intervención que el inciso primero del numeral 2 de la norma en mención autoriza no implica que el juez esté autorizado para prejuzgar, debido a que éste se encuentra ante una situación provisional, que no le permite emitir juicio alguno.

Por ello encuentra que la norma acusada no vulnera la garantía constitucional del debido proceso, reconocida en la Constitución Política, como tampoco que el juez, por advertir sobre la necesidad de variar la calificación jurídica, pierda su independencia e imparcialidad.

De otro lado, asegura que no es dable afirmar que el inciso primero del numeral 2 del artículo 404 priva a la Fiscalía de su función acusadora, por cuanto el legislador bien puede hacer coincidir al juez y al acusador, en cuanto a la modificación de la calificación jurídica se refiere.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Señor Procurador General de la Nación, mediante concepto número 2.632, recibido el 13 de Agosto de 2001, en la Secretaría de la Corte Constitucional, solicita la declaratoria de constitucionalidad de la norma demandada. Para ello dice apoyarse en el criterio que sobre la materia ha emitido esta Corporación en las sentencias C-191 de 1996 y C-620 de 2001 y en el concepto fiscal rendido dentro del expediente D 34792.

Así, aludiendo a la sentencia C-620 de 2001, mencionada, el Ministerio Público manifiesta que aunque la acusación y el juzgamiento son diferentes etapas del proceso penal, se complementan entre sí con el propósito de preservar el principio de legalidad.

Y, en ese orden de ideas, aduce que el juez puede advertir al fiscal respecto de la necesidad de variar la calificación provisional y de reformar la resolución acusatoria, e incluso, como director del proceso, ante la negativa del acusador, declarar la nulidad de dicha providencia, en aras de esclarecer los hechos, determinar la verdad y administrar justicia material.

Por otra parte, considera que el inciso impugnado no priva al fiscal de su función acusadora en la etapa del juicio, como tampoco contraría la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, establecidas en el artículo 252 superior, sino que permite al juez advertir sobre la existencia de un error en la calificación provisional, en razón del advenimiento de pruebas sobre circunstancias agravantes, exclusión de atenuantes, formas de participación, o delitos conexos, con el fin de ajustar la calificación a la realidad probatoria.

Además, indica que la sugerencia del juez al fiscal, en el sentido de que debe variar la calificación, no es coercitiva, ya que existe la posibilidad de que el fiscal ajuste la resolución de acusación a la realidad probatoria, o que se mantenga en la decisión tomada inicialmente, caso en el que sería procedente la declaración de nulidad.

Cita la sentencia C-491 de 1996, en donde, dice, la Corte Constitucional precisó que la declaración del juez sobre el equívoco o la inexactitud de la resolución de acusación, antes que una facultad, constituye una obligación. Y afirma que la declaratoria de inexecutable del aparte enjuiciado supondría la restricción de las alternativas del fallador ante la necesidad de variar la calificación, pues solo sería posible declarar la nulidad o absolver al sindicado, "posibilidades demasiado radicales y caras, en términos de eficacia y celeridad, para el desarrollo del proceso".

Por último, advierte que la intervención del juez que autoriza el inciso primero del numeral 2 del artículo 404 de la Ley 600, en cuanto impide al fallador realizar cualquier análisis o valoración probatoria, referida a la responsabilidad del sindicado, no quebrantan su derecho a la defensa.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, toda vez que el aparte demandado está contenido en la Ley 600 de 2000, que es una ley de la República.

Atendiendo la demanda de inconstitucionalidad presentada, la Corte deberá decidir si la advertencia que el juez puede hacer en la audiencia pública al fiscal, respecto de la necesidad de variar la calificación provisional, quebranta el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto el actor considera que se está desconociendo el derecho del sindicado a la defensa y a ser juzgado por un juez imparcial.

4. Análisis de los cargos. El inciso primero del numeral 2º del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, no quebranta el artículo 29 de la Constitución Política

4.1. Debe la Corte precisar si la advertencia del juez al acusador relativa a la necesidad de variar la calificación jurídica de la conducta punible, quebranta, como lo plantea el actor, el derecho de defensa del sindicado, esto es, si se lo priva de la posibilidad de alegación, prueba y contradicción.

Ahora bien, en el caso particular de la defensa, dentro del proceso penal, resulta de suma importancia distinguir la posición del acusador de la que le corresponde asumir al sindicado, en cuanto éste requiere que aquel defina la acusación para proveer su defensa, de tal suerte que lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios.

Porque, tal como lo ha definido esta Corporación:

“Concretamente, en los asuntos penales, dentro de las garantías fundamentales para el procesado, en desarrollo y armonía con el debido proceso, se deben respetar los siguientes principios:

a) El enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado. Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la

sentencia.

b) A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.

c) Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.” 3

Según lo prevé el artículo 342 de la ley en cita “(..) se ampliará la indagatoria cuando aparezcan los fundamentos para variar la calificación jurídica provisional”<sup>4</sup>, lo que significa que la calificación no podrá sufrir mutación alguna sin que, previamente, el sindicado haya tenido la oportunidad de manifestar lo que estime pertinente frente a ella, ya sea sosteniendo o modificando su posición inicial –porque ante una calificación provisional debe entenderse que tampoco la defensa tuvo carácter definitivo-.

Además, el sindicado puede interponer los recursos de reposición y de apelación contra la decisión del fiscal de variar la calificación -artículo 193, literal a), numeral 5 Ley 600-5. Y, en firme tal decisión, puede solicitar la suspensión de la audiencia con miras a que se decreten nuevas pruebas con el fin de refutar o reafirmar la mutación y, además, sostener su defensa.

En consecuencia, el inciso en estudio, en cuanto faculta al juez para advertir sobre la necesidad de variar la calificación provisional de la conducta punible, y al fiscal para aceptar tal solicitud u oponerse a ella, no quebranta el derecho de defensa del sindicado, porque de tal facultad no es dable deducir violación de sus garantías constitucionales –artículos 29 y 93 C.P.-; por el contrario, el recuento de posibilidades, ya relacionadas, previstas por el legislador, ante la eventualidad de dicha variación, demuestran que la mutación de la calificación solo puede adelantarse con pleno respeto del derecho de defensa del sindicado.

4.2. Corresponde a la Corte analizar si la intervención del juzgador que el inciso primero del numeral 2º del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal autoriza, afecta la independencia e imparcialidad que debe observar el juez en los términos del artículo 29 constitucional, esto es, si la advertencia que puede formular el fallador al acusador, respecto de la variación de la calificación jurídica provisional, conlleva una convicción previa sobre el fondo del asunto<sup>6</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que tal como lo prevé el inciso en estudio, la aludida intervención del juez se limita, “exclusivamente”, a la calificación que el mismo estime procedente “sin valoración de la responsabilidad”, al parecer de la Corte el inciso primero del numeral 2 del artículo 404 de la Ley 600 no pone en juego la imparcialidad del juzgador, sino que permite a éste realizar una advertencia al fiscal con miras a lograr una decisión congruente, propia de la sentencia –artículo 205 Ley 600-, que conjugue la relación entre acusación y juicio, investigador y juzgador, que el artículo 250 constitucional establece. Congruencia que no sería posible si el juez tuviera que esperar a la sentencia para apartarse de la calificación<sup>7</sup>.

De ahí que resulta de singular importancia que los errores cometidos en la acusación<sup>8</sup> sean corregidos por el mismo acusador y que, igualmente, sea éste el que acoja o deseche las pruebas sobrevenidas –inciso primero, artículo 404 C. de P. P.-, porque solo así la decisión se proferirá después de haber dado a las partes la oportunidad de defenderse y por un juez independiente e imparcial, que esté en capacidad de variar la imputación, sin pronunciarse sobre la responsabilidad del sindicato.<sup>9</sup>

Con base en lo anteriormente expuesto no se observa que la advertencia que el juez puede formular al fiscal, en la audiencia pública implique un acto de “prejuzgamiento” como lo indica el actor, pues con sujeción a los supuestos indicados anteriormente la actividad del juez está encaminada a preservar la legalidad del acto<sup>10</sup>, no a la formación de una convicción sobre la responsabilidad del acusado, porque así lo aclara el inciso primero del numeral 2º del artículo 404, en estudio, y fue ésta la intención reiterada por el legislador a lo largo de los debates que dieron lugar a la adopción de la iniciativa<sup>11</sup>.

En consecuencia, la Corte tampoco encuentra que la disposición en estudio, en cuanto prevé que si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional así lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, quebrante el artículo 29 constitucional, puesto ha sido posición reiterada de ésta Corte avalar la colaboración e intercomunicación entre fiscales y jueces con miras a lograr la realización de un orden justo, que supone, necesariamente, el respeto de las garantías constitucionales de todos los sujetos procesales.<sup>12</sup>

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en

nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, el inciso primero del numeral 2º del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-1288/01

CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Cuestionamientos constitucionales suscitados por facultad del juez de señalar al fiscal el cambio (Salvamento de voto)

IMPARCIALIDAD EN PROCESO PENAL-Garantía (Salvamento de voto)

CALIFICACION JURIDICA PROVISIONAL DE CONDUCTA PUNIBLE-Variación dada a conocer por el juez al fiscal compromete imparcialidad del juez (Salvamento de voto)

1- Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a salvar mi voto en la presente sentencia, por cuanto no comparto la parte resolutive, que declaró exequible el aparte demandado del numeral 2º del artículo 404 de La ley 600 de 2000, según el cual, si el juez advierte que es necesario variar la calificación jurídica provisional de la acusación, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia. Según mi parecer, esta facultad del juez de señalar al fiscal cuál es la calificación jurídica adecuada es problemática constitucionalmente, pues compromete la imparcialidad del juez, y afecta entonces el derecho de todas las personas a ser juzgadas por un tribunal imparcial e independiente. La Corte debió entonces condicionar la constitucionalidad de esa norma, en el sentido de que si el juez formula esa advertencia, entonces el acusado debería tener la facultad de recusar a ese funcionario judicial y obtener su separación de la conducción del proceso, en caso de que considere que éste ya no es lo suficientemente imparcial.

2- La razón por la cual considero que el aparte acusado es constitucionalmente problemático difiere entonces de los cargos formulados por el demandante. Y es que esa facultad del juez de señalar al fiscal la necesidad de un cambio de la calificación jurídica del hecho punible ha suscitado al menos tres cuestionamientos constitucionales: (i) según algunos, el problema reside en la posibilidad misma de que la calificación jurídica de la resolución de acusación sea variada, pues ese cambio desconoce el derecho de defensa; (ii) otros consideran que esa

facultad del juez viola la separación de funciones entre juez y fiscal, pues este último tiene la potestad privativa de acusar; (iii) y para otras perspectivas, el problema reside en que esa advertencia del juez puede comprometer la imparcialidad del juez y la equidad del proceso. En mi concepto, los dos primeros cuestionamientos no tienen sustento, mientras que el tercero es acertado. Por ello, y con el fin de clarificar lo mejor posible mi posición jurídica, comenzaré por explicar brevemente por qué las dos primeras perspectivas son equivocadas, para luego sustentar por qué considero que de todos modos esa regulación acusada es inconstitucional por afectar la imparcialidad judicial.

Variación de la calificación jurídica en el juicio y derecho de defensa.

3- Algunos sectores de la doctrina colombiana han considerado que en el juicio no debería ser posible variar la calificación jurídica, por cuanto cualquier modificación de la resolución de acusación afecta el debido proceso, y en especial el derecho de defensa.

Según mi parecer, estos críticos de la variación de la calificación jurídica en el juicio parten de una premisa acertada, y es la siguiente: El ejercicio del derecho de defensa supone que la formulación de la acusación por el Estado sea precisa, no sólo desde el punto de vista fáctico sino también desde el punto de vista jurídico. No basta entonces que el órgano estatal encargado de sustentar la acusación (en nuestro ordenamiento, la Fiscalía) señale los hechos materiales que sirven de base a la pretensión punitiva del Estado; es también indispensable que indique con rigor la calificación jurídica de los mismos, pues la estrategia de defensa depende, en gran medida, de la valoración jurídica de los hechos. Así, y por utilizar un ejemplo muy conocido, no es lo mismo defenderse de una acusación por abuso de confianza que de otra por hurto agravado por la confianza, incluso si los hechos que sustentan el cargo son los mismos, por la sencilla razón de que el Estado debe probar en ambos casos cosas distintas. Así, en el hurto es indispensable que la fiscalía demuestre que hubo el apoderamiento o la sustracción material de la cosa mueble por el acusado, mientras que ese hecho no requiere ser probado en el abuso de confianza, pues no es un elemento de este último tipo penal.

4- La necesaria precisión de la acusación, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, es claramente un presupuesto del debido proceso y del derecho de defensa, pues el acusado sólo puede refutar la hipótesis de culpabilidad de la fiscalía, si ésta es concisa y verificable.

Además, es obvio que esos cargos deben ser formulados en un momento procesal que permita un juicio sin dilaciones indebidas y un efectivo ejercicio de defensa. Por ello, expresamente los pactos internacionales de derechos humanos, conforme a los cuáles debe ser interpretado el alcance del debido proceso (CP art. 29 y 93), establecen que toda persona inculpada de un delito no sólo tiene derecho a “ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, sino que además debe “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”, y debe ser juzgada “sin dilaciones indebidas”<sup>13</sup>. Con base en esos preceptos, la jurisprudencia internacional ha concluido que es elemento esencial del debido proceso en el campo penal que el Estado formule “una notificación precisa y completa al acusado de los cargos que pesan contra él, y de la calificación jurídica que la justicia podría imponerle”<sup>14</sup>.

5- Los anteriores elementos sugieren que una variación de la calificación jurídica puede llegar a afectar el debido proceso en ciertos casos. Así, de nada serviría que la Fiscalía precisara la acusación cuando ya el procesado no puede controvertirla adecuadamente. Igualmente, los juicios se tornarían interminables si a cada momento los cargos pudieran ser reformulados por la Fiscalía. Por tal razón, en determinados casos, las instancias internacionales de derechos humanos han concluido que una variación de la calificación jurídica en el juicio ha desconocido los derechos del procesado. Por ejemplo, en la sentencia del 17 de julio de 2001 del caso *Sarak y otros contra Turquía*, la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que el Estado turco había violado el derecho de defensa de los peticionarios, por cuanto varió, el último día de la audiencia, la calificación jurídica del hecho punible. Esas personas eran perseguidas por hacer parte del PKK, un grupo armado de separatistas kurdos. La acusación era inicialmente por traición contra la integridad del Estado y luego fue variada al delito de pertenencia a una organización armada. La Corte Europea concluyó que ese cambio de la calificación jurídica, sin brindar un tiempo suficiente para rehacer la defensa, constituía una violación al debido proceso, ya que, a pesar de que el nuevo cargo se basaba en los mismos hechos, la modificación de la calificación jurídica alteraba la estrategia de defensa. Así, para sustentar la acusación de traición, el Estado tenía que probar que los acusados no sólo pertenecían al PKK sino que además habían realizado actos graves que amenazaban la integridad del Estado; en cambio, el segundo delito sólo requería la prueba de la vinculación al PKK.

6- Las críticas a la variación de la calificación jurídica se basan entonces en premisas y preocupaciones válidas: la persona debe poder defenderse de una acusación precisa, y por ello una variación abrupta de la calificación jurídica afecta el derecho de defensa. Sin embargo, los críticos extraen de esa premisa la conclusión equivocada de que es imposible cualquier variación de la calificación jurídica en el juicio. Y considero que esa inferencia es errónea, pues implica una petrificación de la resolución de acusación y una minimización de la importancia del juicio. Ahora bien, en una democracia, el verdadero proceso penal debe ser el juicio oral y público, y en él deberían practicarse la mayor parte de las pruebas, a fin de no sólo permitir un mejor control por la ciudadanía de la labor de los jueces sino además fortalecer la inmediación, concentración y contradicción de la prueba. Es pues razonable suponer que si Colombia transita hacia un modelo acusatorio de esa naturaleza, como es deseable que ocurra, entonces en los juicios surgirán pruebas sobrevinientes que obliguen a una variación de la calificación jurídica del delito. No veo entonces por qué esa variación no sería posible en el juicio, siempre y cuando la regulación concreta de la misma permita un adecuado ejercicio del derecho de defensa y evite una dilación indebida del proceso. El problema no es entonces la posibilidad misma de que en el juicio ocurra una variación de la calificación sino las condiciones y límites en que ésta puede ser efectuada.

7- Concluyo entonces que la variación de la calificación jurídica del hecho punible en el juicio no es en sí misma inconstitucional, por lo que no veo ninguna razón clara para que la Corte modifique la doctrina establecida en la sentencia C-491 de 1996, que declaró la constitucionalidad del carácter provisional de la calificación jurídica de la resolución de acusación.

Con la anterior conclusión, no desconozco que la regulación concreta del tema puede suscitar inquietudes, o que en determinados casos, una modificación de la calificación puede llegar a afectar el debido proceso de un acusado. Ya corresponderá a esta Corte en procesos futuros, o a la Corte Suprema y a la doctrina en otros casos, delimitar en qué condiciones, y de qué forma, esa variación es posible y legítima. Sin embargo, en la presente oportunidad, la Corte Constitucional no tenía por qué analizar la regulación integral del tema, pues el estudio de constitucionalidad del aparte acusado sólo requería discutir si esa variación de la calificación jurídica en el juicio desconocía o no, en sí misma, el derecho de defensa. La respuesta a ese interrogante es negativa, y en este punto, la presente sentencia tuvo razón en reiterar la jurisprudencia de la Corte<sup>15</sup>.

La advertencia del juez sobre calificación errónea y la potestad acusadora del fiscal.

8- Otras perspectivas atacan el aparte acusado pues consideran que desconoce la separación de funciones que debe existir en el proceso penal entre el fiscal y el juez, en la medida en que permite una invasión de los jueces en las competencias propias de los fiscales, entre las cuáles se encuentra la de acusar a los presuntos delincuentes, conforme al artículo 250 de la Carta.

9- Nuevamente considero que este análisis parte de unas premisas válidas pero infiere una conclusión errónea. Así, es claro que en una democracia constitucional, las funciones de los fiscales y aquellas de los jueces deben estar separadas, a fin de garantizar la imparcialidad y eficacia del proceso penal. Y las razones de esa separación son muy simples: De un lado, en virtud del principio de reserva judicial, los derechos fundamentales de las personas sólo pueden ser limitados por una autoridad que sea imparcial e independiente como un juez. Por ende, la parte acusadora no puede tener funciones judiciales a fin de que su actuación esté controlada por jueces independientes, quienes aseguran así los derechos de la defensa y de los ciudadanos. De otro lado, el proceso penal tiene que estar estructurado en torno al principio de "igualdad de armas" entre la acusación y la defensa, según el cual, el órgano acusador del Estado y el procesado deben contar con las mismas oportunidades y facultades en el proceso<sup>16</sup>. Ahora bien, es obvio que si se confieren funciones judiciales al órgano acusador, ese equilibrio judicial queda irremediabilmente roto, pues la parte acusadora podría utilizar sus funciones judiciales, como la facultad de privar de la libertad a las personas, para obtener concesiones del procesado. Finalmente, esa diferencia de funciones busca garantizar la imparcialidad del procedimiento penal, puesto que la radicación en un mismo sujeto de la investigación y la valoración de los hechos puede producir graves sesgos. En efecto, las cualidades de quien investiga y de quien juzga no son siempre compatibles: un investigador debe siempre construir -de manera abierta o tácita- hipótesis de culpabilidad para poder orientar en forma exitosa la consecución de las pruebas; en cambio, lo propio de quien ejerce la función jurisdiccional en un Estado de derecho, es actuar de manera imparcial ante las pruebas que le son presentadas a fin de poder evaluarlas racionalmente. Son muy pocas las personas e instituciones capaces de construir hipótesis de culpabilidad para acto seguido evaluarlas reposadamente.

10- La importancia de esa separación de funciones entre el juez y el fiscal, como garantía del debido proceso penal, ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Así, por citar un solo ejemplo, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, aprobó un documento de “Directrices sobre la Función de los Fiscales”, que expresamente establece que uno de los principios esenciales de la “función de los fiscales en el procedimiento penal” es el siguiente: “El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales.”

11- Es pues claro que debe existir una separación de funciones entre los jueces y los fiscales. Y la Constitución recoge parcialmente ese principio acusatorio, propio de los ordenamientos procesales democráticos, al distinguir las funciones de acusación, que corresponden a los fiscales, y las de juzgamiento, en cabeza de los jueces (CP arts 116 y 250). Con todo, desafortunadamente ese reconocimiento es insuficiente pues la Carta confiere ciertas facultades judiciales a los fiscales durante la instrucción, lo cual desvirtúa la naturaleza de las competencias de los órganos acusadores.

El reconocimiento de esa separación funcional entre jueces y fiscales, y el hecho de que la Carta confiera a los fiscales la potestad de acusar (CP art. 250), no significa, empero, que en nuestro ordenamiento constitucional los jueces no puedan ejercer un control sobre la acusación. La razón por la cual ese control es posible es elemental: el hecho de que una persona sea acusada en un proceso penal, ya configura una situación que afecta sus derechos, y es entonces razonable que la acusación misma esté sujeta a un cierto control judicial. Por ello, algunos ordenamientos jurídicos, que han establecido un sistema acusatorio con vocación garantista, prevén, entre la investigación y el juicio, la existencia de una fase procesal intermedia, que tiene como función básica precisamente que los jueces ejerzan un control de la acusación formulada por los fiscales. Así sucede en Italia, cuyo estatuto procesal penal prevé, en sus artículos 416 y ss, una audiencia preliminar, en donde el juez evalúa la solicitud de envío a juicio del Ministerio Público, y decide si precluye el proceso (sentencia de improcedibilidad) o decreta el llamamiento a juicio. Igualmente, el llamado proyecto de Código Maier en Argentina, conocido a veces como el código modelo para América Latina, establece un control judicial de la acusación, de suerte que el tribunal abre el juicio si acepta la acusación del ministerio fiscal<sup>17</sup>. En otros países, como Estados Unidos, la formulación misma de la acusación está sometida a la garantía del jurado, pues en los delitos graves, la

acusación o “indictment” no es formulada por el fiscal autónomamente sino que debe ser aprobada por un gran jurado<sup>18</sup>.

12- Sin embargo, ese control judicial no implica que sea el juez quien acusa, puesto que si no existe la solicitud del fiscal, no pueden los jueces autónomamente acusar. El juez (o el gran jurado en los Estados Unidos) simplemente verifica la legitimidad del ejercicio de la potestad acusadora, y por ello su acción no comporta una invasión de las potestades de los fiscales.

13- Considero entonces que bien puede la ley atribuir a los jueces un control sobre la acusación formulada por los fiscales, sin que ello implique una invasión de la potestad acusadora de los fiscales. Y esta conclusión no es una novedad en la jurisprudencia de esta Corte. Así, la sentencia C-395 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, declaró la exequibilidad del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, en contra de aquellas posiciones que consideraban que ese control judicial desconocía las potestades de los fiscales, pues a ellos corresponde constitucionalmente dictar las medidas de aseguramiento. Posteriormente, la sentencia C-609 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, ratificó ese criterio pues señaló que si bien la Carta confería a los fiscales la facultad de dictar medidas de aseguramiento, “en ninguna parte la Constitución prohíbe que ellas estén sujetas a controles previos o posteriores por los jueces”. La sentencia precisó entonces que la distinción de funciones entre jueces y fiscales no significa que exista una absoluta separación funcional, pues conforme al principio de colaboración funcional (CP art. 113) puede haber interacciones entre esos funcionarios. Esa separación implica, según esa sentencia, solamente que “el Legislador debe respetar el contenido esencial de las órbitas de cada uno de estos funcionarios judiciales” y por ello “no podría la ley convertir a los fiscales en jueces, atribuyéndoles las decisiones definitivas sobre los procesos, ni convertir a los jueces en fiscales, confiriéndoles la plena dirección de las investigaciones y la titularidad autónoma de la acción penal”.

Ese criterio fue nuevamente retomado por la sentencia C-620 de 2001, MP Jaime Araujo Rentería, que declaró la constitucionalidad de la facultad del juez de decretar la nulidad de la resolución de acusación<sup>19</sup>, pues consideró que esa posibilidad no vulneraba las competencias propias de los fiscales, sino que era una expresión de la colaboración funcional entre los diferentes órganos del Estado. Según la sentencia es lógico que “el juez, como director del proceso, pueda corregir los errores que se cometan en el transcurso del mismo,

de modo que se proteja el fin del proceso penal, esto es, el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad y la justicia material, así como los derechos fundamentales de quien está siendo procesado por la comisión de un hecho punible”.

14- Por todo lo anterior, concluyo que la presente sentencia tenía razón en concluir, siguiendo los anteriores precedentes jurisprudenciales, que bien podía la ley atribuir a los jueces la facultad de advertir al fiscal sobre la necesidad de variar la calificación jurídica provisional de la acusación, pues esa intervención del juez no desconoce la separación de funciones entre jueces y fiscales. Sin embargo, y tal es el punto en donde me aparto de la presente sentencia, considero que esa intervención del juez puede comprometer su imparcialidad, y por ello el procesado debe tener la posibilidad de obtener, si lo desea, el cambio de ese funcionario.

La vulneración de la imparcialidad judicial.

15- Según la presente sentencia, esa intervención del juez no afecta su imparcialidad por cuanto, conforme a la disposición demandada, el juez debe limitarse a indicar cuál es la calificación jurídica que estima pertinente, sin realizar ninguna valoración de la responsabilidad. La Corte concluye entonces que esa intervención del juez no implica un prejuzgamiento, ni erosiona la imparcialidad, pues está “encaminada a preservar la legalidad del acto, no a la formación de una convicción sobre la responsabilidad del acusado”.

Desafortunadamente no puedo compartir esa argumentación ni esa conclusión. Para explicar mi desacuerdo, comenzaré por recordar brevemente el alcance que tiene el principio de imparcialidad judicial, para luego exponer por qué dicho principio es vulnerado por la regulación acusada.

16- La imparcialidad es una de las principales cualidades que debe tener todo funcionario judicial, pues los pactos internacionales de derechos humanos establecen perentoriamente que toda persona tiene derecho a juzgada “por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil<sup>20</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha desarrollado con

bastante precisión el alcance que debe tener esa imparcialidad judicial. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, en numerosos fallos, ha precisado que la imparcialidad de un juez puede ser evaluada desde dos perspectivas<sup>21</sup>. De un lado, la dimensión subjetiva, que busca determinar si el juez tiene, en su fuero interior, una opinión ya formada sobre el asunto. Y, de otro lado, la imparcialidad tiene una dimensión objetiva, en virtud de la cual, independientemente de la conducta y de las opiniones del juez, es necesario que no se presenten hechos que puedan llevar al procesado a legítimamente temer por una falta de imparcialidad del juez. Y en este segundo aspecto, ha insistido la Corte Europea, “incluso las apariencias pueden llegar a ser importantes”, pues no sólo el tribunal debe ser imparcial sino que debe aparecerlo así al procesado, pues de ello “depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en materia penal, por los inculpados”<sup>22</sup>. Conforme a lo anterior, si bien la imparcialidad subjetiva del juez se presume, y por ello debe ser probada toda forma de prejuzgamiento, por el contrario la dimensión objetiva implica que debe admitirse la recusación de un juez, siempre y cuando existan factores objetivos que hagan razonablemente dudar de su imparcialidad, independientemente del comportamiento y de la actitud personal del juez.

17- Dos breves ejemplos jurisprudenciales, entre muchos otros, permiten comprender el alcance de esa dimensión objetiva de la imparcialidad en la jurisprudencia europea de derechos humanos. Así, en el caso Piersack, la Corte Europea concluyó que Bélgica había violado el derecho del peticionario a ser juzgado por un juez imparcial, por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó a 18 años de trabajos forzados había hecho parte anteriormente de una sección del Ministerio Público de Bruselas que había investigado el caso. La Corte concluyó que esa situación constituía base suficiente para que el procesado pudiera dudar de la imparcialidad de ese juez<sup>23</sup>.

Posteriormente, en el caso de Cubber, la Corte Europea concluyó que el peticionario había carecido de un juez imparcial por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó, había sido el juez de instrucción de ese proceso. La Corte concluyó que aunque no existía ninguna evidencia de que ese magistrado pudiera tener sesgos contra el acusado, sin embargo, el solo hecho de que éste hubiera actuado como juez instructor en la investigación fundamentaba los temores que podría tener el procesado sobre la imparcialidad del tribunal<sup>24</sup>.

18- Esos criterios han sido también aceptados por la Corte Interamericana, que es el intérprete autorizado de la Convención Interamericana, y por ello sus criterios son relevantes para interpretar el alcance de los derechos constitucionales en el ordenamiento colombiano (CP art. 93). Así, la Corte Interamericana también ha aceptado que determinados hechos objetivos minan la imparcialidad del tribunal, independientemente de la actitud subjetiva y personal del juez. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de mayo de 1999 del caso Castillo Petrucci y otros, la Corte Interamericana concluyó que la aplicación por Perú de la justicia militar a las personas acusadas de actividades insurgentes desconocía el derecho de los procesados a un tribunal imparcial, por cuanto “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.” (Parr. 130).

19- Precisado así el alcance que debe tener la garantía de la imparcialidad en los procesos penales, la pregunta que naturalmente surge es la siguiente: el hecho de que el juez advierta al fiscal sobre la necesidad de cambiar la calificación jurídica provisional, ¿constituye un elemento que pueda razonablemente sustentar una desconfianza del procesado sobre la falta de imparcialidad de ese juez?

Para responder a ese interrogante, conviene tener en cuenta un dato de derecho comparado: aquellos ordenamientos que admiten un control judicial de la acusación en la llamada “etapa intermedia”, en general establecen que el juez que realiza ese control no puede ser el mismo que dirige el juicio, por cuanto ya habría comprometido su criterio y su imparcialidad. Por ejemplo, el estatuto procesal italiano expresamente prevé, en su artículo 34, que no “podrá participar en el juicio el juez que haya emitido la providencia conclusiva de la audiencia.”

Esto muestra que, para esos ordenamientos, es claro que no goza de imparcialidad, y debe ser apartado del juicio, el juez que ha ejercido el control judicial sobre la resolución de acusación.

20- Con todo, podría afirmarse que la situación es distinta en el presente caso, por cuanto la actuación del juez no implica ninguna valoración de la responsabilidad del procesado, pues el juez únicamente indica que es necesaria una nueva calificación jurídica. Y precisamente ése parece ser el argumento de la presente sentencia, que considera que esa intervención no compromete la imparcialidad del juez, por cuanto la norma acusada expresamente señala

que el funcionario debe limitarse a indicar la calificación que juzga pertinente, sin realizar ninguna valoración de la responsabilidad del procesado.

Sin embargo, el análisis de la sentencia es insuficiente, pues deja de lado la dimensión objetiva que tiene la imparcialidad y la importancia que revisten las apariencias en este campo, pues la Corte no se interroga sobre la impresión que razonablemente puede provocar en cualquier procesado esa acción del juez. Para la presente sentencia, esa labor judicial es un simple control de legalidad, que no compromete la valoración que el juez pueda hacer de la culpabilidad del procesado. Y es probable que así ocurra en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, la percepción que razonablemente puede tener el procesado de esa advertencia que el juez hace al fiscal puede ser muy diferente. En efecto, ella puede ser vista como un excesivo celo del juez en apoyar la labor del fiscal, en la medida en que el juez interviene para que el fiscal pueda corregir una tarea que estuvo mal hecha, y que podría entonces conducir a la absolución del procesado. Nótese en efecto que esa intervención del juez pretende en el fondo evitar una absolución o una eventual nulidad de la sentencia, por falta de congruencia entre la acusación y la condena. Y eso ocurre incluso cuando el juez parece proteger al procesado, al indicar al fiscal que la calificación jurídica debió ser por un delito de menor entidad y con menor punibilidad. En efecto, como lo muestra el ejemplo del caso Sarak y otros contra Turquía de la Corte Europea de Derechos Humanos, citado en el párrafo 5 de esta aclaración, el paso de una calificación jurídica por un delito de mayor entidad a un delito menos grave puede paradójicamente agravar la situación del procesado y sus posibilidades de defensa. Y la razón es simple: si el órgano acusador mantiene la acusación por el delito más grave, muchas veces sus probabilidades de obtener una condena disminuyen, pues puede serle mucho más difícil probar los elementos típicos del hecho punible más lesivo.

En tales circunstancias, ¿no es entonces lógico que algunos procesados empiecen a desconfiar de la imparcialidad de aquellos jueces que formulan esa advertencia al fiscal y se muestran entonces tan diligentes en corregir los eventuales errores de la Fiscalía, errores que indudablemente hubieran beneficiado al acusado? Y mi respuesta es afirmativa. Para muchos procesados, esa advertencia expresa una actitud del juez en favor de la condena pues, desde su perspectiva, esa intervención del juez tiene un solo objetivo: evitar una sentencia absolutoria, o la nulidad de la sentencia condenatoria, por falta de congruencia entre la acusación y los hechos realmente probados en el juicio. En tal contexto, creo que la

formulación de la advertencia constituye un elemento objetivo, que justifica una cierta desconfianza del procesado en la imparcialidad del juez.

21- Por todo lo anterior, considero que esa advertencia del juez al fiscal es legítima, con el fin de asegurar la eficacia del proceso penal, pero puede comprometer la imagen de imparcialidad del juez ante ciertos procesados. Considero entonces que la Corte debió buscar una decisión que mantuviera esa intervención del juez, que tiene sustento en el principio de eficacia de la justicia, pero garantizara también el derecho del procesado a gozar de un tribunal imparcial. Y la solución era relativamente simple: la Corte debió condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, señalando que, en virtud de la dimensión objetiva del derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial, debía permitirse a aquel acusado que considere que el juez que realizó esa advertencia ya no es lo suficientemente imparcial, pueda obtener, por medio de una recusación, la separación de ese funcionario de la conducción del proceso. Ese simple condicionamiento hubiera logrado un adecuado equilibrio entre la búsqueda de eficacia de la justicia y la protección de los derechos del acusado.

Concluyo entonces que la Corte debió condicionar la constitucionalidad de la disposición acusada, y por ello, desafortunadamente, no pude adherir a la parte resolutive de la presente sentencia.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

1 Sentencia C-760/01 de 2000, M(s) P(s) Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

2 Mediante sentencia C-1193 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, esta Corporación se inhibió de conocer sobre el cargo formulado por el actor en la sentencia en cita, contra la disposición en estudio por ineptitud sustancial de la demanda.

3 Sentencia C-541 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. La sentencia en cita también recordó la procedencia del recurso de casación, cuando el juez incluye en la decisión hechos no comprendidos en la resolución de acusación, haciendo, de alguna manera, más gravosa la situación del procesado y para el efecto trajo a colación las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 9117 del 2 de agosto de 1995 y 9756 del 17 de junio de 1998.

4 Sobre la provisionalidad de la calificación se puede consultar las sentencias C-491 de 1996. En esta decisión la Corte sostuvo que el carácter provisional de la calificación no quebranta la garantía constitucional del debido proceso, en razón de que se mantiene la presunción de inocencia del sindicado la que solo se puede desvirtuar en la sentencia. En el mismo sentido sentencia C-541 de 1998.

5 La Corte Suprema de Justicia, en torno de la calificación que se hace en la resolución de acusación ha dicho: “Y en cuanto a la resolución de acusación se ha insistido también, que tal auto debe entenderse como un todo, dinámico y coherente en sus partes motiva y resolutive y la consonancia de la sentencia con él debe establecer en su integridad y no únicamente con la parte resolutive del mencionado auto” -Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, casación, enero 31 de 1990, M.P. Rodolfo Mantilla Jácome.

6 Sobre la diferencia de funciones entre el fiscal y el juez se pueden consultar la sentencia C-395 de 1994, C-609 de 1996, y T-439 de 1997.

7 Corte Suprema de Justicia, proceso 10918 febrero 4 de 1999. “En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación -en lugar de la autoría que piensa el juez-, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.”.

8 Corte Suprema de Justicia, proceso 13524, julio 9 de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez

Galindo. “La posibilidad de variar la calificación por el error en que incurrió el fiscal no es un predicado inconcluso, pues no cualquier discrepancia que tenga el juez respecto de la calificación jurídica implica que se le pueda tachar de errónea es decir que aun cuando existan variadas hipótesis sobre la figura delictiva en que se emerge la conducta del procesado, prevalecerá la del fiscal y el juez no tiene más alternativa que aceptarla. “Así entonces, cuando la valoración ofrece la posibilidad de varias hipótesis explicativas del hecho delictivo o de la responsabilidad del imputado, para el momento de la calificación sumarial se impone la que razonablemente define el fiscal, así el juez en su posterior intervención llegue a discrepar de ella con argumentos igualmente razonables.”

9 Al respecto, pueden consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 10 de junio de 1998, Proceso 9830; M.P. Jorge Córdoba Poveda y la citada en la nota anterior.

10 Sobre la necesidad de preservar el principio de legalidad, en el proceso penal consultar además de las sentencias ya citadas, la C-620 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

La ponencia para primer debate del proyecto en mención -042 de 1998 Senado- se refirió a la “variación jurídica y sobreviniente por nueva prueba”, aduciendo que el proyecto resolvió el problema dejado insoluto por esta Corporación al declarar “constitucional (..) la expresión “provisional””, en cuanto no se habría dado “ninguna directriz respecto de quien podía solicitar esa variación y en que momento.”.

El Acta número 20 de 1998 refiere que el 17 de noviembre de ese año, en el seno de la Comisión Primera del Senado de la República, uno de los ponentes de la iniciativa, haciendo un “(..) resumen (..) de la manera más breve y sucinta (..)de los cambios fundamentales que el Código introduce”, se refirió a la posibilidad de “ (..) cambiar la denominación jurídica de la calificación del hecho, (..) durante la etapa del juicio (..)”. La ponencia para segundo debate, que se adelantó en el Senado de la República relacionó el artículo 400 entre aquellos que “que no requerían modificaciones y por lo mismo se mantuvo el contenido del texto presentado por el señor Fiscal General de la Nación o en el informe de ponencia, dependiendo del caso.”. Y , respecto de la variación de la calificación la ponencia hizo la siguiente aclaración:

“En el tema de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible, a que se refiere el artículo 400 del proyecto se nos ha sugerido la participación activa de los sujetos

procesales diferentes del Fiscal, porque pareciera que el desarrollo de éste incidente solo pudieran actuar el juez y el fiscal. No obstante nos vemos precisados a aclarar que cuando en el numeral 2º se dice que la iniciativa surja del Juez allí queda incluida la posibilidad de que esa iniciativa del Juez sea promovida a instancias de cualquier otro de los Sujetos Procesales, en desarrollo del derecho de postulación que le corresponde a cada uno de ellos.”.

No obstante la ponencia para segundo debate al proyecto de Ley número 155 Cámara, suprimió del texto del artículo 400 -aprobado por la Comisión- el aparte relativo a la intervención del “(..) superior del juzgador para que efectúe el respectivo control (..)”. Propuesta que fue explicada por el ponente en los siguientes términos:

“Se introduce la solución en cuanto a las diferentes interpretaciones que se vienen presentando actualmente cuando se produce la variación de la calificación jurídica en la etapa del juicio. (..) Este problema se resuelve en el proyecto, modificándose incluso lo que venía aprobado de Senado, para evitar que sea el juez quien califique el mérito del sumario en contra de lo que establece la constitución.” -se resalta la Corte-

Así las cosas, la Plenaria del Senado de la República aprobó el informe de medicación presentado por las Comisiones designadas para conciliar las discrepancias surgidas en la aprobación del Proyecto de ley número 42 de 1998 Senado y 155 del mismo año Cámara, que -entre otras modificaciones- excluía de la iniciativa del juez, en cuanto a la variación de la calificación de la conducta punible se refiere “el control (..) de plano (..) del superior del juzgador”, y, además, le fijaba claros límites a tal intervención, con el propósito de que ésta no pueda implicar “(..)valoración alguna de responsabilidad”.- Gacetas del Congreso 141, 247, 371, 300 de 1998 y 236 de 23 de junio de 2000.

12 Al respecto consultar sentencia C-395 de 1994 MP Carlos Gaviria Díaz.

13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14-3

14 Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de marzo de 1999 en el caso Pelissier y Sasi contra Francia. Parr 52. En el mismo sentido, sentencia del 17 de julio de 2001 del caso Sarak y otros contra Turquía. Parr 49.

15 Ver, entre otras, las sentencias C-491 de 1996, C-541 de 1998 y C-620 de 2001.

16 Sobre este principio, a nivel doctrinal, ver Commission Justice Pénale et Droits de l'Homme. La mise en état des affaires pénales. Paris. La Documentation Française, 1991. Ver igualmente, Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp 612 y ss. A nivel jurisprudencial, ver Corte Europea de Derechos Humanos entre otros, el fallo Ekbatani del 26 de mayo de 1988, par. 30.

17 Ver, Consejo para la consolidación de la democracia. Hacia una nueva justicia penal. Buenos Aires, Presidencia de la República, 1989, pp 165 y 242

18 Ver la V enmienda de la Constitución de ese país.

19 Ese aparte fue posteriormente declarado inexecutable por la sentencia C-760 de 2001. Pero esa decisión se basó exclusivamente en vicios de procedimiento en la aprobación de la Ley 600 de 2000, y no implica entonces ninguna variación de la doctrina establecida por la sentencia C-620 de 2001 sobre las relaciones entre el juez y el fiscal.

20 Ver artículo 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8-1 de la Convención Interamericana.

21 Ver, entre muchos otros, la sentencia Piersack contra Bélgica del 1 de octubre de 1982; la sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, parr 24 y ss; la sentencia Thorgier Throgerson contra Islandia del 25 de junio de 1992, parr 48 y ss; y la sentencia Fey contra Austria del 28 de enero de 1993, parr 28 y ss.

22 Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 d octubre de 1984, parr 26.

23 Sentencia Piersack contra Bélgica del 1 de octubre de 1982, parr 31.

24 Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 d octubre de 1984, parrs 29 y 30.