REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA
(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIII - Nº 354 Bogotá, D. C., martes 13 de julio de 2004 EDICION DE 44 PAGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

ACTAS DE COMISION

COMISION PRIMERA
ACTA NUMERO 37 DE 2004
(mayo 18)
Sesiones Ordinarias – Cuatrienio 2002-2006
Legislatura 2003-2004 – Segundo Período

En la ciudad de Bogotá, D. C., el día dieciocho (18) de mayo del dos mil cuatro (2004), se reunieron en el Salón Guillermo León Valencia del Capitolio Nacional, previa citación, los miembros de la Comisión Primera del honorable Senado, con el fin de sesionar.

I

Llamado a lista y verificación del quórum

La Presidencia indica a la Secretaría llamar a lista y contestaron los honorables Senadores:

Andrade Serrano Hernán
Gaviria Díaz Carlos
Gómez Gallo Luis Humberto
González Díaz Andrés
Rojas Jiménez Héctor Helí
Vargas Lleras Germán

Dejaron de asistir con excusa los honorables Senadores:

Blum de Barberi Claudia
Cristo Bustos Juan Fernando
Gerléin Echeverría Roberto
Holguín Sardi Carlos
Martínez Betancourt Darío
Navarro Wolff Antonio
Trujillo García José Renán
Pardo Rueda Rafael
Pimiento Barrera Mauricio
Piñacué Achicué Jesús Enrique
Ramírez Pinzón Ciro
Rivera Salazar Rodrigo
Uribe Escobar Mario.

Los textos de las excusas son los siguientes:

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004
Doctor
GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL
Secretario General
Comisión Primera Constitucional
Senado de la República
Bogotá, D. C.

Con un cordial saludo le solicito se sirva excusarme por no asistir a la sesión de la Comisión Primera convocada para hoy martes 18 de junio del año en curso, por inconvenientes de última hora.

Atentamente,

Firmado: *Claudia Blum de Barberi,*
Senadora de la República.

* * *

Bogotá, D. C., 13 de mayo de 2004
Doctor
LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO
Presidente Comisión Primera
Honorable Senado de la República
Ciudad
Respetado doctor:

Atentamente me dirijo a usted para solicitarle se sirva excusarme de asistir a las comisiones que se programen en la semana del 17 al 21 de presente mes, por cuanto debo cumplir fuera del país compromisos relacionados con la presidencia del partido conservador.

Cordialmente,

Carlos Holguín Sardi,
Senador de la República.

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004
Doctor
GUILLERMO GIRALDO GIL
Secretario General
Comisión Primera

Senado de la República

Apreciado doctor Giraldo:

Muy comedidamente me permito presentar excusas para no asistir a la comisión programada para el día de hoy martes 18 de mayo del presente año, debido a que asistiré a la instalación de la Primera Ronda de Negociaciones del Tratado de Libre Comercio Andino-EE.UU, convocada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la ciudad de Cartagena.

Con sentimientos de consideración y aprecio.

Firmado: *Mauricio Pimiento Barrera*,

Honorable Senador de la República

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO

Presidente

Comisión Primera Senado

E. S. D.

Apreciado doctor:

Solicito a usted excusar por la no asistencia a la Sesión del día hoy 18 de mayo, al Senador Mario Uribe Escobar. Lo anterior por estar cumpliendo compromisos correspondientes a la tarea legislativa.

Agradezco su gentil atención.

Cordialmente,

Firmado: *Yolanda García Q.*

Asistente Senador.

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO

Secretario General

Comisión Primera

Honorable Senado de la República

Ciudad

Respetado doctor:

Por instrucción del Senador Rafael Pardo Rueda, informo a esta Comisión, que por motivo de calamidad doméstica, al Senador Pardo le es imposible asistir a la sesión citada para el día de hoy martes 18 de mayo de 2004.

Por lo anterior solicito respetuosamente sea excusado.

Cordialmente,

Firmado: *Jorge Enrique Martínez M.*

Asesor Parlamentario

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO

Secretario Comisión Primera

Senado de la República

Despacho

Cordial saludo:

Comedidamente presento excusa por la inasistencia del Senador Rodrigo Rivera Salazar a la sesión programada para el día de hoy, puesto que se encuentra en la ciudad de Cartagena en la instalación de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, por tal motivo le ruego disculpar su ausencia.

Agradezco su atención y colaboración a la presente.

Atentamente,

Firmado: *Alba Helena García Polanco,*

Asesora Senador *Rodrigo Rivera Salazar*.

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO

Secretario Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Reciba mi cordial saludo.

Por medio de esta nota con todo respeto, informo a usted que el honorable Senador Roberto Gerléin Echeverría se encuentra incapacitado, por este motivo le impide al Senador concurrir a las sesiones de la Comisión de esta semana.

Atentamente,

Firmado: *Lina Marcela Mogollón*

Asistente

Anexo: excusa médica

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

Secretario Comisión Primera

Honorable Senado de la República

Ciudad

Por mi conducto el honorable Senador Darío Martínez Betancourt, se excusa de asistir a la Sesión de la Comisión programada para el día de hoy, por motivos de salud.

Atentamente,

Firmado: *Rafael Palacios Moncayo*

Funcionario U. T. L.

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO

Secretario General

Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Apreciado doctor:

Comedidamente me permito manifestarle que por motivo de viaje a la ciudad de Cartagena, a participar en la firma del Tratado de Libre Comercio TLC, me es imposible asistir a la Sesión del día de hoy martes 18 de mayo.

Agradezco la atención a la presente.

Cordialmente,

Firmado: *Ciro Ramírez Pinzón,*

Senador de la República.

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

Secretario General

Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Cordial saludo:

Por tener compromisos adquiridos con antelación pertinentes a mi trabajo legislativo, no puedo asistir a la sesión del día de hoy martes 18 de mayo del presente año, dando cumplimiento a lo ordenado por la resolución número 131 del 12 de mayo del presente año, emanada de la Mesa

Directiva del Senado de la República, en tal sentido me encontraba cumpliendo con la misión encomendada.

Atentamente,

Firmado: *Juan Fernando Cristo Bustos*

Senador

* * *

Bogotá, D. C., 21 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO

Secretario General

Comisión Primera

Honorable Senado de la República

Ciudad

Por instrucciones del Senador Antonio Navarro Wolf, por medio de la presente le solicito excuse su inasistencia a la sesión programada para el día 18 de mayo, debido a razones de fuerza mayor.

Agradezco su atención a la presente, reciba un cordial saludo,

Firmado: *Paola de los Ríos Gutiérrez,*

Asistente.

Antonio Navarro Wolf,

Senador

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Honorable Senador

LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO

Presidente

Comisión Primera

Senado de la República

E. S. D.

Honorable Senador:

Me dirijo a usted con el fin de solicitarle se sirva excusar mi no-asistencia a la Sesión Ordinaria de la Comisión Primera del Senado de la República, realizada el día 18 de mayo del presente año, dado que para el momento en que dio inicio la sesión, me encontraba en la Universidad Externado de Colombia exponiendo temas relacionados con el Proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial en mi condición de Coordinador del Equipo de Ponentes del mencionado Proyecto. Atendiendo a lo anterior, y conciente como soy de la necesidad de generar el ambiente de concertación más amplio posible en torno al Proyecto de Ley Orgánica, espero sepa excusar mi no-asistencia a la Sesión de la Comisión que usted preside.

Agradezco de antemano la atención prestada.

Cordial saludo,

Firmado: *José Renán Trujillo García*

Senador de la República

* * *

Bogotá, D. C., 18 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO

Secretario General

Comisión Primera

Honorable Senado de la República

E. S. D.

Respetado doctor Giraldo:

Por medio de la presente le solicito excusarme por la inasistencia a la Sesión programada para el día 18 de mayo, debida a razones de fuerza mayor.

Agradezco su atención a la presente.

Cordial saludo,

Firmado: *Jesús Enrique Piñacué Achicué*

Senador de la República

La Secretaría informa que se ha registrado quórum deliberatorio.

Siendo las 11:15 a.m., la Presidencia declara abierta la Sesión e indica a la Secretaría dar lectura al Orden del Día.

II

Consideración y votación del Orden del Día

Por Secretaría se da lectura al orden del día.

ORDEN DEL DÍA

Martes 18 de mayo de 2004. Hora: 10:30 a.m.

I

Llamado a lista y verificación del quórum

II

Consideración y votación del Orden del Día

III

Consideración y votación del Acta número 36

IV

Lectura de ponencias, consideración y votación de proyectos para primer debate

1. **Proyecto de ley número 229 de 2004 Senado, 001 de 2003 Cámara**, *por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

Autor: Doctor Luis Camilo Osorio Isaza.

Ponentes para primer debate: honorables Senadores: *Germán Vargas Lleras* (Coordinador), *Luis Humberto Gómez Gallo y Héctor Helí Rojas Jiménez.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 167 de 2004.

Ponencia primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 200 de 2004.

2. **Proyecto de ley número 57 de 2003 Senado,** *por la cual se adicionan al Código Penal medidas en materia de seguridad en la Operación del Transporte Aéreo Colectivo*.

Autora: honorable Senadora *Claudia Blum de Barberi.*

Ponente primer debate: honorable Senador: *Mauricio Pimiento Barrera.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 410 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 115 de 2004.

3. **Proyecto de ley número 43 de 2003 Senado**, *por la cual se modifican los artículos 397, 398, 399 y 400 del Código Penal.*

Autora: honorable Senadora *Leonor Serrano de Camargo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Juan Fernando Cristo Bustos.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 380 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 29 de 2004.

4. **Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2004 Senado**, *por el cual se permite la reelección inmediata de Gobernadores y Alcaldes*.

Autores: honorables Senadores: *Omar Flórez Vélez, Humberto Builes Correa, Germán Hernández Aguilera, Luis Alfonso Gil, Bernardo Alejandro Guerra, Claudia Blum de Barberi, Andrés González* y honorables Representantes *Jesús Enrique Doval* y otras firmas ilegibles.

Ponentes para primer debate: honorables Senadores: *Claudia Blum de Barberi y Rodrigo Rivera Salazar.*

Segundo Debate:

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 176 de 2004.

5. **Proyecto de ley número 25 de 2003 Senado**, *por la cual se modifica parcialmente y adiciona un artículo al Código Penal Militar, Ley 522 de 1999*.

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador: *Germán Vargas Lleras.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 352 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 77 de 2004.

6. **Proyecto de ley número 186 de 2004 Senado**, *por la cual modifica parcialmente el artículo 1°. de la Ley 54 de 1989*. (Cambio de orden en apellidos) Acumulado Proyecto de ley número 188 de 2004 Senado, *por medio de la cual se establecen reglas para determinar el orden de los apellidos*.

Autor: Proyecto de ley número 186 de 2004 honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Proyecto de ley número 188 de 2004 honorable Senador *Carlos Gaviria Díaz.*

Ponente para primer debate: honorable Senador: *Juan de Jesús Córdoba Suárez.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 116 de 2004.

7. **Proyecto de ley Estatutaria número 85 de 2003 Senado**, *por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz Nacional*. Acumulado al Proyecto de ley número 95 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones para la población carcelaria del país, en procura de la reincorporación de miembros marginados de la Ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz Nacional* (Alternatividad Penal y Social) y Proyecto de ley Estatutaria número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara, *por la cual se dicta Amnistía a autores de conflicto Armado*.

Autor: Proyecto de ley número 85 de 2003 doctor *Fernando Londoño Hoyos,* Ministro del Interior y de Justicia.

Proyecto de ley número 95 de 2003 honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Proyecto de ley número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara honorable Representante *Roberto Quintero García.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Mario Uribe Escobar* (Coordinador), *José Renán Trujillo García*, *Rafael Pardo Rueda, Antonio Navarro Wolff, Luis Humberto Gómez Gallo*, *Oswaldo Darío Martínez Betancourt* y *Claudia Blum de Barberi.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 85 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 436 de 2003.

Proyecto de ley número 95 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 466 de 2003.

Proyecto de ley número 147 de 2003 Senado,104 de 2003 Cámara, ***Gaceta del Congreso*** número 465 de 2003.

Ponencia primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 158 de 2004.

8. **Proyecto de ley número 155 de 2004 Senado, 195 de 2003 Cámara**, *por la cual se crea el Acta de Informe de Gestión.*

Autor: honorable Representante: *Carlos Enrique Soto Jaramillo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Roberto Gerléin Echeverría.*

Publicación texto aprobado Cámara: ***Gaceta del Congreso*** número 541 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 117 de 2003.

9. **Proyecto de ley número 53 de 2003 Senado**, *por la cual se reforma el Estatuto Notarial, en especial el Decreto-ley 960 de 1970 y se dictan otras disposiciones*. Acumulado al Proyecto de ley número 93 de 2003 Senado, *por el cual se crea el Consejo Superior de la Administración de los concursos y la Carrera Notarial*.

Autor: Proyecto de ley número 53 de 2003 doctor *Fernando Londoño Hoyos,* Ministro del Interior y de Justicia.

Proyecto de ley número 93 de 2003 honorable Senador *Javier Cáceres Leal.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Héctor Helí Rojas Jiménez* (Coordinador), *Mauricio Pimiento Barrera, Oswaldo Darío Martínez Betancourt, José Renán Trujillo García y Juan Fernando Cristo Bustos.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 53 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 381 de 2003.

Proyecto de ley número 93 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 459 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 660 de 2003 (honorables Senadores *Rojas y Pimiento*).

Gaceta del Congreso número 117 de 2004 (honorables Senadores *Trujillo*, *Martínez* y *Cristo).*

10. **Proyecto de ley número 42 de 2003 Senado**, *por medio de la cual se establece la investigación de filiación extramatrimonial por vía administrativa*.

Autora: honorable Senadora *Leonor Serrano de Camargo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Mauricio Pimiento Barrera.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 380 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 647 de 2003.

11. Proyecto de ley número 179 de 2004 Senado, *por la cual se modifica parcialmente la Ley 136 de 1994*. (Juntas Administradoras Locales).

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Jesús Enrique Piñacué Achicué.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 70 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 135 de 2004.

12. **Proyecto de ley número 182 de 2004 Senado**, *por la cual se modifica el artículo 170 de la Ley 136 de 2 junio de 1994.* (Elección de Personeros).

Autor: honorable Senador *Germán Hernández Aguilera.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Hernán Andrade Serrano.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 73 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 161 de 2004.

13. **Proyecto de ley número 146 de 2003 Senado**, *por la cual se modifica la Ley 5ª. de 1992*. (Decretar honores, aniversarios). Acumulado al Proyecto de ley número 192 de 2004 Senado, *por la cual se reforma el Reglamento del Congreso* (Ley 5ª. de 1992) *y se reglamenta la expedición de leyes de honores, conmemoraciones y reconocimientos.*

Autor: Proyecto de ley número 146 de 2003 honorable Senador *Manuel Antonio Díaz Jimeno.*

Proyecto de ley número 192 de 2004 honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Hernán Andrade Serrano.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 146 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 644 de 2003.

Proyecto de ley número 192 de 2004, ***Gaceta del Congreso*** número 076 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 161 de 2004.

14. **Proyecto de ley número 23 de 2003 Senado**, *por la cual se reglamenta el proceso de elección de los Secretarios y subsecretarios de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones Constitucionales permanentes*.

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Oswaldo Darío Martínez Betancourt.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 351 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 70 de 2004.

15. **Proyecto de ley número 195 de 2004 Senado,** *por la cual se despenaliza la comercialización de las hojas de coca, marihuana y demás plantaciones cuya utilización tenga fines medicinales, terapéuticos y alimenticios*.

Autor: honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *José Renán Trujillo García.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 101 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 129 de 2004.

16. **Proyecto de ley número 164 de 2002 Senado, 63 de 2002 Cámara,** *por la cual se dictan las normas que determinan el procedimiento para suplir las faltas absolutas y temporales de Gobernadores y Alcaldes Municipales y Distritales*.

Autores: honorable Representante *Ramón Elejalde Arbeláez* y la honorable Senadora *Piedad Córdoba Ruiz.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Mario Uribe Escobar* y *Ciro Ramírez Pinzón.*

Publicación texto aprobado Cámara: ***Gaceta del Congreso*** número 619 de 2002.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 302 de 2003.

V

Negocios sustanciados por la Presidencia

VI

Lo que propongan los honorables Senadores

El Presidente,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Muy bien. La idea era que pudiéramos iniciar hoy la posibilidad de votar unos proyectos que están en el Orden del Día. Sin embargo, presentado el hecho de que la mayoría de los Senadores desean trasladarse a Cartagena invitados para el proceso de la iniciación de la Negociación del Tratado de Libre Comercio, entonces señor Secretario, informe y anuncie a la comisión el hecho de que mañana a partir de las diez de la mañana se va a iniciar la sesión, pero además pretendemos en esa sesión de mañana, iniciar la discusión y la posibilidad de la votación del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal.

Entonces sírvase llenar el requisito constitucional de anunciar cuáles serían entonces, o por lo menos iniciamos la sesión de mañana con ese proyecto.

Yo quisiera hacer con todo respeto la siguiente recomendación a la comisión, hemos hecho un gran esfuerzo para sacar adelante la adecuación en la normatividad legal sobre el tema que tiene que ver con el sistema oral acusatorio, el más importante de los temas el Código de Procedimiento Penal, si nosotros no evacuamos ese proyecto lo antes posible, la comisión, por supuesto con la inmensa responsabilidad que significa debatir este tema, la cantidad y la calidad del tema. Quinientos dieciocho artículos vienen en el proyecto, finalmente el Gobierno tiene la facultad que le dimos en el Acto Legislativo de producir la normatividad, lo cual nos indica que con mayor razón tenemos que hacer ese esfuerzo; por eso le solicito a los colegas y a la comisión que mañana es muy importante que inicie la discusión de ese proyecto de ley.

Por Secretaría se da lectura a los proyectos que se discutirán y votarán en la próxima sesión:

1. Proyecto de ley número 229 de 2004 Senado 001 de 2003 Cámara, *por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

2. Proyecto de ley número 57 de 2003 Senado, *por la cual se adicionan al Código Penal medidas en materia de seguridad en la operación del transporte aéreo colectivo*.

3. Proyecto de ley número 43 de 2003 Senado, *por la cual se modifican los artículos 397, 398, 399 y 400 del Código Penal.*

4. Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2004 Senado, *por el cual se permite la reelección inmediata de Gobernadores y Alcaldes*.

5. Proyecto de ley número 25 de 2003 Senado, *por la cual se modifica parcialmente y adiciona un artículo al Código Penal Militar, Ley 522 de 1999*.

6. Proyecto de ley número 186 de 2004 Senado, *por la cual modifica parcialmente el artículo 1° de la Ley 54 de 1989* (Cambio de orden en apellidos), acumulado Proyecto de ley número 188 de 2004 Senado, *por medio de la cual se establecen reglas para determinar el orden de los apellidos*.

7. Proyecto de ley Estatutaria número 85 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz Nacional,* acumulado al Proyecto de ley número 95 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones para la población carcelaria del país en procura de la reincorporación de miembros marginados de la ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional* (Alternatividad Penal y Social) y Proyecto de ley Estatutaria número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara, *por la cual se dicta Amnistía a autores de conflicto armado*.

8. Proyecto de ley número 155 de 2004 Senado, 195 de 2003 Cámara, *por la cual se crea el Acta de Informe de Gestión.*

9. Proyecto de ley número 53 de 2003 Senado, *por la cual se reforma el Estatuto Notarial, en especial el Decreto ley 960 de 1970, y se dictan otras disposiciones,* acumulado al Proyecto de ley número 93 de 2003 Senado, *por la cual se crea el Consejo Superior de la Administración de los concursos y la Carrera Notarial*.

10. Proyecto de ley número 42 de 2003 Senado, *por medio de la cual se establece la investigación de filiación extramatrimonial por vía administrativa*.

11. Proyecto de ley número 179 de 2004 Senado, *por el cual se modifica parcialmente la Ley 136 de 1994* (Juntas Administradoras Locales).

12. Proyecto de ley número 182 de 2004 Senado, *por la cual se modifica el artículo 170 de la Ley 136 de 2 junio de 1994* (Elección de Personeros).

13. Proyecto de ley número 146 de 2003 Senado, *por la cual se Modifica la Ley 5ª. de 1992* (Decretar honores, aniversarios), acumulado al Proyecto de ley número 192 de 2004 Senado, *por la cual se reforma el reglamento del Congreso* (Ley 5ª. de 1992) *y se reglamenta la expedición de leyes de honores, conmemoraciones y reconocimientos.*

14. Proyecto de ley número 23 de 2003 Senado, *por la cual se reglamenta el proceso de elección de los Secretarios y subsecretarios de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones Constitucionales permanentes*.

15. Proyecto de ley número 195 de 2004 Senado, *por la cual se despenaliza la comercialización de las hojas de coca, marihuana y demás plantaciones cuya utilización tenga fines medicinales, terapéuticos y alimenticios*.

16. Proyecto de ley número 164 de 2002 Senado, 63 de 2002 Cámara, *por la cual se dictan las normas que determinan el procedimiento para suplir las faltas absolutas y temporales de Gobernadores y Alcaldes Municipales y Distritales*.

17. Proyecto de ley número 190 de 2004 Senado, *por la cual se establece el programa de ventanilla única y simplificación de trámites*.

18. Proyecto de ley número 86 de 2003 Senado, *por la cual se modifica el artículo 384 de la Ley 599 de 2000* (Agravancia Punitiva).

19. Proyecto de ley número 177 de 2004 Senado, *por la cual se tipifica el delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes,* acumulado Proyecto de ley número 184 de 2004 Senado *Cárcel para compañeros conyugales irresponsables que no respondan por la asistencia alimentaria*.

Siendo las 11:30 a.m., la Presidencia levanta la sesión y convoca para el día miércoles 19 de mayo a las 10:00 a.m.

El Presidente,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

COMISION PRIMERA

ACTA NUMERO 38 DE 2004

(mayo 25)

Sesiones Ordinarias – Cuatrienio 2002-2006

Legislatura 2003-2004 – Segundo Período

En la ciudad de Bogotá D. C., el día veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004), se reunieron en el Salón Guillermo León Valencia del Capitolio Nacional, previa citación, los miembros de la Comisión Primera del honorable Senado, con el fin de sesionar.

I

Llamado a lista y verificación del quórum

La Presidencia indica a la Secretaría llamar a lista y contestaron los honorables Senadores:

Gaviria Díaz Carlos

Gómez Gallo Luis Humberto

Martínez Betancourt Oswaldo Darío

Piñacué Achicué Jesús Enrique

Rojas Jiménez Héctor Helí

Trujillo García José Renán.

En el transcurso de la sesión se hicieron presentes los honorables Senadores:

Andrade Serrano Hernán

Blum de Barberi Claudia

Cristo Bustos Juan Fernando

González Díaz Andrés

Pardo Rueda Rafael

Pimiento Barrera Mauricio

Ramírez Pinzón Ciro

Rivera Salazar Rodrigo

Uribe Escobar Mario

Vargas Lleras Germán.

Dejaron de asistir con excusa los honorables Senadores:

Gerléin Echeverría Roberto

Navarro Wolff Antonio

Holguín Sardi Carlos.

Los textos de las excusas son los siguientes:

Bogotá, D. C., 25 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

Secretario General Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

A solicitud del honorable Senador Roberto Gerléin E., informo que por razones de salud, conforme al certificado médico que adjunto, le es imposible concurrir a la Sesión de la Comisión de esta semana, ya que debe proceder a atender las órdenes médicas.

Atentamente,

Firmado: *Lina Marcela Mogollón*

Asistente

* * *

Bogotá, D. C., 25 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

Secretario General Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Por instrucciones del Senador Antonio Navarro Wolf, por medio de la presente le solicito excuse su inasistencia a las sesiones programadas para los días 25 y 26 de mayo, debido a que se encuentra autorizado por la Mesa Directiva de la Corporación para asistir en comisión oficial al seminario regional "Situación Actual de los Partidos Políticos en la Región Andina", evento que se llevará a cabo los días 25 y 26 de mayo en Lima, Perú.

Agradezco su atención a la presente, reciba un cordial saludo,

Paola de los Ríos Gutiérrez,

Asistente.

Antonio Navarro Wolff

Senador

* * *

Bogotá D. C., 25 de mayo de 2004

Doctor

LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO

Presidente Comisión Primera

Ciudad.

Respetado doctor:

Atentamente me dirijo a usted para solicitarle se sirva excusarme de no asistir a la Comisión por tener un fuerte resfriado.

Cordialmente,

Carlos Holguín Sardi,

Senador de la República.

* * *

La Secretaría informa que se ha registrado Quórum deliberatorio.

Siendo las 11:15 a.m., la Presidencia declara abierta la sesión e indica a la secretaría dar lectura al Orden del Día.

II

Consideración y votación del Orden del Día

Por Secretaría se da lectura al orden del día.

ORDEN DEL DIA

Martes 25 de mayo de 2004. Hora: 10:00 a.m.

I

Llamado a lista y verificación del quórum

II

Consideración y votación del Orden del Día

III

Consideración y votación de las Actas números 36 y 37

IV

Lectura de ponencias, consideración y votación de proyectos para primer debate

1. **Proyecto de ley número 229 de 2004 Senado 001 de 2003 Cámara**, *por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

Autor: Doctor *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Germán Vargas Lleras* (Coordinador), *Luis Humberto Gómez Gallo* y *Héctor Helí Rojas Jiménez.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 167 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 200 de 2004.

2. **Proyecto de ley número 57 de 2003 Senado**, *por la cual se adicionan al Código Penal medidas en materia de seguridad en la operación del transporte aéreo colectivo*.

Autora: honorable Senadora *Claudia Blum de Barberi.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Mauricio Pimiento Barrera.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 410 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 115 de 2004.

3. **Proyecto de ley número 43 de 2003 Senado**, *por la cual se modifican los artículos 397, 398, 399 y 400 del Código Penal.*

Autora: honorable Senadora *Leonor Serrano de Camargo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Juan Fernando Cristo Bustos*.

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 380 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 29 de 2004.

4. **Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2004 Senado**, *por el cual se permite la reelección inmediata de Gobernadores y Alcaldes*.

Autores: honorables Senadores *Omar Flórez Vélez, Humberto Builes Correa, Germán Hernández Aguilera, Luis Alfonso Gil, Bernardo Alejandro Guerra, Claudia Blum de Barberi, Andrés González y* honorables Representantes *Jesús Enrique Doval* y otras firmas ilegibles.

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Claudia Blum de Barberi y Rodrigo Rivera Salazar.*

Segundo debate:

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 176 de 2004.

5. **Proyecto de ley número 25 de 2003 Senado,** *por la cual se modifica parcialmente y adiciona un artículo al Código Penal Militar, Ley 522 de 1999*.

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Germán Vargas Lleras.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 352 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 77 de 2004.

6. **Proyecto de ley número 186 de 2004 Senado**, *por la cual modifica parcialmente el artículo 1° de la Ley 54 de 1989* (cambio de orden en apellidos), acumulado Proyecto de ley número 188 de 2004 Senado, *por medio de la cual se establecen reglas para determinar el orden de los apellidos*.

Autor: Proyecto de ley número 186 de 2004 honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Proyecto de ley número 188 de 2004 honorable Senador *Carlos Gaviria Díaz.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Juan de Jesús Córdoba Suárez.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 116 de 2004.

7. **Proyecto de ley Estatutaria número 85 de 2003 Senado**, *por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional,* acumulado al Proyecto de ley número 95 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones para la población carcelaria del país, en procura de la reincorporación de miembros marginados de la Ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional* (Alternatividad Penal y Social) y Proyecto de ley Estatutaria número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara, *por la cual se dicta amnistía a autores de conflicto armado*.

Autor: Proyecto de ley número 85 de 2003 doctor *Fernando Londoño Hoyos*, Ministro del Interior y de Justicia.

Proyecto de ley número 95 de 2003 honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Proyecto de ley número 147 de 2003 Senado y 104 de 2003 Cámara, honorable Representante *Roberto Quintero García.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Mario Uribe Escobar* (Coordinador), *José Renán Trujillo García, Rafael Pardo Rueda, Antonio Navarro Wolff, Luis Humberto Gómez Gallo, Oswaldo Darío Martínez Betancourt* y *Claudia Blum de Barberi.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 85 de 2003 ***Gaceta del Congreso*** número 436 de 2003.

Proyecto de ley número 95 de 2003: ***Gaceta del Congreso*** número 466 de 2003.

Proyecto de ley número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara: ***Gaceta del Congreso*** número 465 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 158 de 2004.

8. **Proyecto de ley número 155 de 2004 Senado, 195 de 2003 Cámara**, *por la cual se crea el Acta de Informe de Gestión.*

Autor: honorable Representante *Carlos Enrique Soto Jaramillo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Roberto Gerléin Echeverría.*

Publicación texto aprobado Cámara: ***Gaceta del Congreso*** número 541 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 117 de 2003.

9. **Proyecto de ley número 53 de 2003 Senado,** *por la cual se reforma el Estatuto Notarial, en especial el Decreto ley 960 de 1970 y se dictan otras disposiciones,* acumulado al Proyecto de ley número 93 de 2003 Senado, *por la cual se crea el Consejo Superior de la administración de los concursos y la Carrera Notarial*.

Autor: Proyecto de ley número 53 de 2003 doctor *Fernando Londoño Hoyos*, Ministro del Interior y de Justicia.

Proyecto de ley número 93 de 2003 honorable Senador *Javier Cáceres Leal.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Héctor Helí Rojas Jiménez* (Coordinador), *Mauricio Pimiento Barrera, Oswaldo Darío Martínez Betancourt, José Renán Trujillo García* y *Juan Fernando Cristo Bustos.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 53 de 2003 ***Gaceta del Congreso*** número 381 de 2003.

Proyecto de ley número 93 de 2003 ***Gaceta del Congreso*** número 459 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 660 de 2003 (honorables Senadores *Rojas* y *Pimiento*).

Gaceta del Congreso número 117 de 2004 (honorables Senadores *Trujillo, Martínez* y *Cristo*).

10. **Proyecto de ley número 42 de 2003 Senado**, *por medio de la cual se establece la investigación de filiación extramatrimonial por vía administrativa*.

Autora: honorable Senadora *Leonor Serrano de Camargo.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Mauricio Pimiento Barrera.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 380 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 647 de 2003.

11. **Proyecto de ley número 179 de 2004 Senado**, *por la cual se modifica parcialmente la Ley 136 de 1994*.

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Jesús Enrique Piñacué Achicué.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 70 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 135 de 2004.

12. **Proyecto de ley número 182 de 2004 Senado**, *por la cual se modifica el artículo 170 de la Ley 136 de 2 junio de 1994* (Elección de Personeros).

Autor: honorable Senador *Germán Hernández Aguilera.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Hernán Andrade Serrano.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 73 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 161 de 2004.

13. **Proyecto de ley número 146 de 2003 Senado**, *por la cual se modifica la Ley 5ª de 1992* (Decretar honores, aniversarios), acumulado al

Proyecto de ley número 192 de 2004 Senado, *por la cual se reforma el reglamento del Congreso (Ley 5ª de 1992) y se reglamenta la expedición de leyes de honores, conmemoraciones y reconocimientos.*

Autor: Proyecto de ley número 146 de 2003, honorable Senador *Manuel Antonio Díaz Jimeno.*

Proyecto de ley número 192 de 2004, honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Hernán Andrade Serrano.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 146 de 2003, ***Gaceta del Congreso*** número 644 de 2003.

Proyecto de ley número 192 de 2004, ***Gaceta del Congreso*** número 076 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 161 de 2004.

14. **Proyecto de ley número 23 de 2003 Senado**, *por la cual se reglamenta el proceso de elección de los Secretarios y Subsecretarios de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones Constitucionales permanentes.*

Autora: honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Oswaldo Darío Martínez Betancourt.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 351 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 70 de 2004.

15. **Proyecto de ley número 195 de 2004 Senado**, *por la cual se despenaliza la comercialización de las hojas de coca, marihuana y demás plantaciones cuya utilización tenga fines medicinales, terapéuticos y alimenticios*.

Autor: honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *José Renán Trujillo García.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 101 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 129 de 2004.

16. **Proyecto de ley número 164 de 2002 Senado, 63 de 2002 Cámara,** *por la cual se dictan las normas que determinan el procedimiento para suplir las faltas absolutas y temporales de Gobernadores y Alcaldes Municipales y Distritales.*

Autores: honorable Representante *Ramón Elejalde Arbeláez* y honorable Senadora *Piedad Córdoba Ruiz.*

Ponentes para primer debate: honorables Senadores *Mario Uribe Escobar* y *Ciro Ramírez Pinzón.*

Publicación Texto Aprobado Cámara: ***Gaceta del Congreso*** número 619 de 2002.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 302 de 2003.

17. **Proyecto de ley número 190 de 2004 Senado**, *por la cual se establece el programa de ventanilla única y simplificación de trámites*.

Autor: honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Jesús Enrique Piñacué Achicué.*

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 171 de 2004.

18. **Proyecto de ley número 86 de 2003 Senado**, *por la cual se modifica el artículo 384 de la Ley 599 de 2000* (agravancia punitiva).

Autores: honorable Senador *Omar Yepes Alzate* y honorable Representante *Juan Martín Hoyos Villegas.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Carlos Holguín Sardi.*

Segundo debate:

Publicación proyecto original: ***Gaceta del Congreso*** número 424 de 2003.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 191 de 2004.

19. **Proyecto de ley número 177 de 2004 Senado**, *por la cual se tipifica el delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes*, acumulado Proyecto de ley número 184 de 2004 Senado *Cárcel para compañeros conyugales irresponsables que no respondan por la asistencia alimentaria.*

Autor: Proyecto de ley número 177 de 2004 honorable Senadora *Piedad Zuccardi.*

Proyecto de ley número 184 de 2004 honorable Senador *Carlos Moreno de Caro.*

Ponente para primer debate: honorable Senador *Rodrigo Rivera Salazar.*

Publicación proyecto original: Proyecto de ley número 177 de 2004 ***Gaceta del Congreso*** número 61 de 2004.

Proyecto de ley número 184 de 2004 ***Gaceta del Congreso*** número 76 de 2004.

Ponencia para primer debate: ***Gaceta del Congreso*** número 201 de 2004.

V

Negocios sustanciados por la Presidencia

VI

Lo que Propongan los honorables Senadores

El Presidente,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

La Presidencia informa que cuando se registre quórum decisorio se someterá a votación el Orden del Día leído.

La Presidencia solicita a la Secretaría continuar con el siguiente punto.

III

Consideración y Votación de las Actas números 36 y 37

La Presidencia informa que cuando se registre quórum decisorio se someterán a votación las Actas números 36 y 37, correspondientes a las sesiones celebradas por la Comisión los días 11 y 18 de mayo de 2004.

Por Secretaría se da lectura al cuarto punto del Orden del Día:

IV

Lectura de ponencias, consideración y votación de proyectos para primer debate

Proyecto de Ley número 229 de 2004 Senado, 001 de 2003 Cámara, *por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

Por Secretaría se da lectura a la proposición positiva con que termina el informe de ponencia.

La Presidencia abre el debate general y concede el uso de la palabra al honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Señor Presidente. Yo me voy a permitir hacer una presentación de la ponencia que hemos hecho, sin perjuicio de que pues abra el debate y posteriormente podamos puntualmente discutir algunos asuntos. Sin embargo, señor Presidente, quiero decirle que algunos Senadores andan preocupados porque en este tema la presencia del señor Fiscal General de la Nación es bien importante, sin que eso le quite méritos a nuestro querido y publicitado Vicefiscal.

Pero el Senado manifiesta que sería muy conveniente que el señor fiscal esté presente en la discusión de este proyecto, como que él es la persona que debe expresar lo discutido en la comisión encargada de redactar estos proyectos.

De manera que si usted lo tiene a bien, yo no tengo inconveniente en comenzar a exponer la ponencia, a menos que los Senadores digan otra cosa.

Con la venia de la Presidencia y del Orador interpela el honorable Senador Mario Uribe Escobar:

Gracias señor Presidente. Yo por el contrario pienso que deberíamos empezar a escuchar inmediatamente al Senador Héctor Helí Rojas. Yo creo que para nada hace falta la presencia del señor fiscal aquí. Yo creo que el país está muy conforme con el Vicefiscal, desde que asumió el Vicefiscal,

él le ha cambiado la cara a la Fiscalía, desde que asumió el Vicefiscal el país se tranquilizó.

El Vicefiscal ha dado muestras de ser un hombre íntegro, integérrimo, un hombre inteligente, un hombre con profundos conocimientos en el derecho penal, en criminalística, en criminología, etc., de tal suerte que como vamos, vamos bien.

Señor Presidente y señor Senador Rojas, yo con todo comedimiento le pido que empiece a explicarnos su ponencia, aquí vamos a estar muy complacidos escuchando a los verdaderos penalistas.

Quienes no lo son pues, la comisión no los necesita mucho, señor Presidente para votar, de tal suerte que no debe ser ese un obstáculo para que abordemos inmediatamente la discusión de este proyecto.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Muy bien. Yo le solicitaría al doctor Héctor Helí iniciar, estoy seguro que en breves minutos tendremos la gran mayoría de los Senadores aquí en la sesión.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Esta ponencia, señores Senadores, ha sido elaborada por el doctor Germán Vargas Lleras, el doctor Gómez Gallo y el suscrito.

La ponencia en verdad modifica algunas de las normas aprobadas en la Cámara de Representantes, pero en lo sustancial mantiene la estructura de lo acordado en la comisión que creó el Acto Legislativo 03 para expedir estos cuerpos normativos.

Yo comenzaría señores Senadores, por referirme a un tema que discutimos cuando se trató el tema del Código Penal y el tema del Código Penitenciario, y es que allí algunos Senadores manifestaron que no era necesario hacer un nuevo Código Penal, que no era necesario hacer un nuevo Código Penitenciario, y que bastaba con adecuar los estatutos existentes a los requerimientos del sistema acusatorio previsto en el Acto 03.

En este punto quisiera decir que con relación al Procedimiento Penal, la situación es bien distinta, porque sencillamente se cambia de sistema, no se cambia de esquema, ni simplemente de instituciones, sino de sistema.

Y en ese cambio de sistema, pues quedan involucrados principios fundamentales que no son compatibles en el inquisitivo y en el acusatorio. Por decirlo así, la trascendental transformación del sistema sería que ya no nos vamos a ocupar mucho del principio de la eficiencia y sí del principio de la imparcialidad, y eso nos cambia totalmente la concepción del esquema y de las etapas del proceso penal.

Una cosa es un sistema inquisitivo donde el mismo investigador persigue la prueba, acusa y busca las pruebas con un criterio de eficacia, con un criterio de eficiencia, de celeridad, de persecución, muy activa por parte del mismo que maneja la parte sustancial del proceso.

En el sistema que se propone en este proyecto de código, lo más importante es el principio de la imparcialidad. Quien investiga no va a tomar medidas autónomamente que afecten la libertad del procesado, y tampoco va a practicar pruebas, las pruebas se practican ante el juez del conocimiento, y el acusador sencillamente lleva elementos probatorios o evidencias levantadas en la etapa de la indagación o en la etapa de la investigación, pero nada de eso existe como prueba, hasta que el juez en la audiencia no ordena practicar esas pruebas.

De manera que el cambio de concepción sí es total, el cambio de sistema es total y entonces con ese solo principio uno podría justificar la necesidad de expedir todo un nuevo Código de Procedimiento Penal, porque vamos a estar en la situación también compleja y muy distinta de que al lado de la imparcialidad, el otro criterio fundamental del sistema aquí propuesto, que es un sistema mixto, con tendencia profundamente acusatoria, pero que tampoco es absolutamente acusatorio en el sentido del modelo norteamericano, ni en el sentido del modelo llamado europeo continental, sino que mantiene algunas particularidades de lo que ha sido nuestra historia judicial.

Hay que resaltar que la prueba, hoy día, la recaudan los fiscales; la prueba, hoy día, la lleva el investigador que también es acusador y la prueba no se practica delante del juez de conocimiento, todos estos principios se cambian porque en la propuesta que tenemos aquí, el principio de la inmediación de la prueba es fundamental; y mediación, concentración, publicidad, son elementos que contribuyen al gran principio de la imparcialidad procesal.

Entonces todas las pruebas se practicarán en audiencia ante el juez que las va a valorar y que va a decidir en esa audiencia sobre el peso o la importancia de las mismas, va a haber concentración, se va a procurar que la audiencia no se suspenda de una manera tan indefinida o con tantos espacios de tiempo, que se pierda ese concepto de la inmediatez y de la concentración y obviamente se va a introducir el principio de la oralidad para que la petición, la práctica, la evaluación de esas pruebas, sean hechas por los que intervienen en el proceso de una manera oral, que garantice también la inmediatez, la imparcialidad y la solución inmediata de la controversia por parte del juez en quien se procura una total incontaminación si el término fuera preciso, con las evidencias, con los medios probatorios recaudados por la acusación y por los que pueda allegar la defensa.

De manera que todos estos principios sí sufren un cambio sustancial en la nueva propuesta. Por último al respecto yo diría, que otro principio como el de la investigación integral que hoy día significa que el fiscal tiene que investigar tanto lo favorable, como lo desfavorable al procesado. Pues ya no va a tener entidad en el nuevo sistema, porque el fiscal tiene que investigar lo que sustente, lo que fundamente, lo que le dé importancia y peso a su imputación, a su acusación, a su búsqueda de la condena.

Aun cuando dentro de las atipicidades que hemos introducido, está la de que en este sistema, por eso es mixto, el fiscal debe descubrir ante la defensa y ante el juez de conocimiento, elementos probatorios o evidencia que puedan favorecer al procesado o que puedan importarle a la defensa del procesado.

Pero en últimas yo insisto en que se cambian sustancialmente las aristas del proceso penal porque estamos cambiando de sistema, y de alguna manera de aquí al 2008, al primero de enero del 2008, que será cuando ya en su totalidad esté operando este sistema mixto de tendencia acusatoria, de aquí allá van a subsistir dos sistemas, el actual Código de Procedimiento Penal para los delitos cometidos antes de la vigencia de estas nuevas normas, pero ese código se irá agotando en sus principios, en su esquema, en sus etapas, en sus instituciones y lentamente se irá extinguiendo para dar paso al nuevo sistema cuya pretensión es que regule en todos los distritos del país, en toda la jurisdicción nacional los hechos punibles que se lleguen a cometer después de su vigencia como es lógico.

Eso es lo que yo podría decir respecto de la necesidad de modificar integralmente el Código de Procedimiento, tratando de superar insisto, la discusión que tuvimos en el penal y en el penitenciario, en los cuales yo acepto que no se cambiaba totalmente de filosofía o de principios fundamentales del Derecho Penal o del Derecho Penitenciario, pero en este código el cambio sí es evidente.

Muy amable doctor Carlos. En este orden de ideas la ponencia lo que hace es ajustar esos principios a lo que dispuso el Acto Legislativo 03 del 2002, y en eso yo quisiera decirles señores Senadores con todo respeto, hay quienes critican que hayamos llevado a la Constitución Política todo un sistema de investigación y juzgamiento de delitos, porque dicen que sería mejor que ese sistema estuviese en la ley, que sería más fácil a través de la ley manejar los esquemas, los principios, las etapas del procedimiento.

Sin embargo, yo soy de la tesis contraria, y me parece que fue muy importante que esta comisión y que este Senado hubiesen introducido en la Constitución Política un modelo de investigación y juzgamiento de los delitos. Y para mí eso es definitivo y por eso estoy ayudando a hacer esa ponencia y sustentándola.

Lo que se está viendo en Colombia hoy día es un desvertebramiento total del ordenamiento jurídico, una reforma de la Constitución con unas facilidades conceptuales que llevan a desestructurar el mismo sistema democrático.

Ni qué decir del tema de la ley, que se ha vuelto tan manuable o tan dúctil en el ejercicio del debido proceso legislativo.

Bueno, yo creo que podemos proseguir. A mí, señores Senadores, especialmente los que me ponen cuidado, diría que por el contrario llevar todos estos normativos a la Constitución Política, nos va a permitir tener un Código de Procedimiento perfectamente imbricado en el moderno derecho constitucional que nos habla no solo de la Constitución, sino del bloque de constitucionalidad y en consecuencia los tratados, los convenios, los pactos sobre Derechos Humanos van a estar iluminando todo este articulado y todo este nuevo sistema.

Eso fue lo que hicimos cuando en el Acto Legislativo 03 introdujimos unos condicionamientos para el nuevo sistema de investigación y juzgamiento de los delitos, y eso es lo que estamos tratando de hacer a través de todo este articulado extenso, sí, pero que en últimas refleja no solo los contenidos de principios, de valores, de normas constitucionales; sino en gran parte los contenidos de la legislación internacional que en materia de Derechos Humanos se refiere concretamente a la investigación y el juzgamiento de civiles en un estado democrático.

El primer capítulo de nuestra ponencia es bastante extenso en cuanto repite muchos de los principios históricos para no decir tradicionales, de los sistemas de investigación y juzgamiento de los delitos, pero dentro de esta filosofía que haya un código que se defienda no sólo frente a la Constitución, sino frente a la legislación internacional de los Derechos Humanos, hemos consagrado aquí el principio fundante de la dignidad humana para que encabece este código.

Hay quienes dicen que eso ya está dicho en la Constitución, que eso es una repetición, pero hay quienes creemos que nunca sobrará en todos los ordenamientos internos, mas por lo que sé está viviendo en relación con el manejo del Estado de Derecho, repetir e insistir en los principios, en los valores, en los fundamentos de todo este sistema.

Se repiten obviamente principios como el de la libertad, el de la prelación de los tratados internacionales, muy importante para que el bloque de constitucionalidad presida nuestro código, se repite el de la igualdad, se repite el de la imparcialidad, pero con la anotación que ya ha venido haciendo de que lo más importante del nuevo sistema es la imparcialidad, lo que obligó a esa Reforma del Acto Legislativo 03, es que nos cansamos de ver a los fiscales practicando las pruebas y dictando las decisiones de privar de la libertad o de inhibirse de investigar o de proseguir la acusación, acumulando la función de investigar y de acusar y dejando un sistema bastante lamentable en cuanto al ejercicio de la defensa, y en cuanto a la importancia y la prevalencia que deben tener los jueces de la República en el manejo de estas investigaciones y de estos juicios.

Se dice en ejercicio de funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Claro, no somos enemigos de la eficiencia, pero somos más amigos de la imparcialidad que conduce a la justicia. Se repite el principio de legalidad que todos conocen, lo mismo que el principio de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, que en este sistema señores Senadores, van a adquirir una importancia trascendental y me voy a demorar dos minutos en ese punto.

Se ha criticado el sistema porque se dice que la Fiscalía va a tener en primer lugar la dirección y la coordinación de la Policía Judicial. En segundo lugar que el Instituto de Medicina Legal va a estar bajo la dependencia de la Fiscalía (…) con muchas ventajas estratégicas especialmente en la recaudación de la evidencia técnica, y que eso deja en desventaja la defensa, es ahí cuando el principio de presunción de inocencia y el principio del *in dubio pro reo* adquieren mayor importancia. Porque es que mientras a la Fiscalía le corresponde probar su acusación de tal manera que le lleve al juzgador un convencimiento razonable y profundo de la culpabilidad del imputado, a la defensa le basta con poner en duda esas evidencias probatorias, con cuestionar la validez, la pertinencia, la suficiencia de esos elementos probatorios, y por otro lado la defensa siempre tendrá de su mano para equilibrar el poder de la Fiscalía la presunción de inocencia que unos y otros deben respetar.

Eso le da en lo sustancial del proceso un equilibrio a la acusación y a la defensa, si la acusación tiene dudas, pues no debe acusar. Si la acusación no tiene certeza sobre lo que va a formular como imputación, pues no debe ir ante los jueces. En cambio la defensa siempre que la llamen ante un juez, lo primero que invocará será que su defendido es inocente, y comenzará a poner en duda cuestionando razonablemente los instrumentos probatorios o las evidencias que se lleven al juicio para ser tenidas como prueba.

Se repite el derecho de defensa con todas sus manifestaciones, en esto hemos tenido los Ponentes algunas diferencias con la Fiscalía y con los que inicialmente tramitaron este proyecto en la Cámara, porque consideramos que no es bueno que se diga que el derecho de defensa aparece cuando la persona es invitada, es decir, cuando se le formula o se le atribuye en concreto la autoría o la participación en la comisión de una conducta de acción o de omisión, que pueda significar afrenta al orden normativo que protege los bienes jurídicos de los individuos.

En consecuencia, nosotros hemos propuesto unas modificaciones aquí para que la defensa exista desde cuando hay retención o desde cuando hay captura, a la persona capturada en flagrancia así no se le haya imputado nada, así no haya juicio todavía, hay que darle derecho a la defensa, a la persona capturada inmediatamente hay que darle derecho a la defensa y obviamente a la persona imputada, es decir, a la que ya va a ir a juicio sobre la base de una acusación formal y públicamente presentada, pues también hay que darle defensa.

Pero nosotros creemos y nos apoyamos pues en mucha doctrina nacional, que la defensa debe estar desde la misma etapa de la investigación entre otras cosas porque el Acto Legislativo 03 no modificó el artículo 29 Constitucional del debido proceso que dice: La gente tiene derecho a defenderse no solamente en el juicio, sino también en la investigación.

Otro principio muy importante y fundamental en este cambio que justifica la expedición de todo un nuevo código es el principio de la oralidad, que incluimos en el artículo 9º del proyecto.

Dice: La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

Esto puede ser junto con el principio de imparcialidad el más característico del sistema que tratamos de implementar, juicios públicos, pero juicios orales para que pueda haber inmediación, concentración y contradicción pública de la prueba. Esperamos también que los argumentos de la Fiscalía sean ciertos en el sentido de que contamos con los recursos necesarios para implementar las salas de audiencia y los recursos estratégicos y logísticos que nos permitan que haya realmente oralidad, y que haya muchas audiencias y que las audiencias sobre todo y en eso señor Vicefiscal queremos dejar constancia en el Acta.

Las audiencias ante todo no tengan que interrumpirse o suspenderse con largos interregnos que atentan contra todo el sistema. Si tenemos buenas salas, buenos medios técnicos, buenas grabaciones, buenos videos, etc., pues seguramente podemos hacer más audiencias y llegar al éxito que sería aunque no lo decimos aquí explícitamente pensando en eso, que la audiencia no se suspende, sino que se inicia y continúa ininterrumpidamente hasta que se profiera el fallo eso sería lo ideal.

De pronto la falta de recursos técnicos y algunos casos particularmente difíciles obligarán a suspender audiencias que no se puedan agotar en un día. Pero uno esperaría que esas suspensiones fueran lo más cortas posible, insisto para que no se perdiera el tema de la inmediatez y de la percepción racional por parte del juez de conocimiento de los elementos probatorios que le van a llegar.

Otros principios fundamentales de este código son: la lealtad, la gratitud, el respeto a la intimidad, la contradicción, la inmediación, la publicidad, el juez natural, la doble instancia, la cosa juzgada, el restablecimiento del derecho a la integración, la prevalecia, que son principios conocidos o en el orden constitucional o en el actual orden Normativo Penal y Procesal Penal Colombiano.

Debo resaltar, sin embargo, que el artículo 11 incluyó los derechos de las víctimas, este es un procedimiento que obviamente pretende ser muy exigente en el respeto a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo*. Pero también es un procedimiento para hacerle justicia a las víctimas de los delitos, queremos que los perjudicados o los afectados de cualquier manera con el hecho punible no queden desprotegidos en este sistema de investigación y juzgamiento.

Pero obviamente hemos sido claros en que tampoco estaríamos de acuerdo en que la parte civil o el representante de las víctimas, o las víctimas directamente en el caso del ejercicio de algunos derechos constitucionales pudiesen aparecer como parte en el proceso.

El proceso definitivamente no puede tener sino una acusación, una defensa y un juez. Los derechos de las víctimas van a estar asegurados no solo porque de alguna manera la Fiscalía, Medicina Legal y la Policía Judicial y toda la persecución penal en la etapa de investigación pueden estar de lado de ellas en la medida en que logra o persigue establecer si se cometió un hecho y establecer quién o quiénes lo cometieron.

El Ministerio Público también va a actuar en el proceso en defensa de los derechos fundamentales, en defensa del patrimonio público, en defensa de la ley, y de esa manera pensamos que se podría decir que en este proyecto los derechos de la víctima quedan suficientemente garantizados y respaldados.

Entre esos derechos incluimos el derecho a recibir durante todo el procedimiento un trato humano y digno a la protección de su intimidad, a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a ser oídas y que se le facilite el aporte de pruebas sin que eso los convierta en sujetos procesales, a recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código información pertinente para la protección de sus intereses, a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional, a ser informados sobre la decisión definitiva, a ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, a recibir asistencia integral para su recuperación en los términos de ley, a ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial o de poder percibir el leguaje a través los órganos de los sentidos.

Quería demorarme un poquito en esto y hacer énfasis porque insisto, si bien es cierto la víctima no es sujeto procesal, sí tiene unos derechos reconocidos, garantizados, protegidos en este sistema, donde no solo se trata de lograr la sanción punitiva, sino la reparación integral del juicio, de los daños causados con el delito.

Esta es como a parte de los principios generales, pero nos falta como señalar los cuatro o cinco bloques de artículos que estamos representando.

Con la venia de la Presidencia y del Orador interpela el honorable Senador Germán Vargas Lleras:

Yo no tengo ningún inconveniente, era como para organizar, como no tuvimos oportunidad de conversar esta mañana, como para organizar la presentación del proyecto.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Yo quisiera entonces decir, mire, si uno fuera atrevido doctor Germán Vargas Lleras y doctor Gómez Gallo, si uno fuera atrevido le podía decir a los colegas, discutamos los principios, que lo demás es carpintería. Realmente esta parte, estos primeros artículos, ahí está la filosofía, ahí está lo importante, ahí está lo trascendental. Ese capítulo, todo lo demás es desarrollo de esos principios, cómo va a ser la realidad, cómo va a ser la concentración, cuáles van a ser las funciones de la Policía Judicial, cuál es la estructura del proceso.

Pero esta parte que les acabo de presentar insisto es la parte sustancial de este Código de Procedimiento Penal, los códigos de Procedimiento hoy día no son pura forma, ni el procedimiento es pura cuestión secundaria frente al derecho sustancial, los procedimientos están impregnados de derecho sustantivo y esa impregnación es buena, es la que vemos en estos primeros artículos de los principios generales del procedimiento.

De ahí en adelante tenemos un libro primero destinado a disposiciones generales que están en casi todos los códigos y que están muy estudiadas y muy elaboradas por la doctrina, por la jurisprudencia, como son los temas de la jurisdicción y la competencia, la acción penal, la intervención del Ministerio Público, las partes o sujetos procesales, los intervinientes, los derechos y deberes de quienes intervienen en el proceso penal, los recursos, la casación, la revisión, las notificaciones, las clases de providencias, que son temas en los que los ponentes podríamos preferir que se discutieran puntualmente en la medida de que no tienen el espectro amplísimo de los principios que expusimos anteriormente y que reclaman mayor discusión.

Sobre estos puntos o es mucho, o qué tenemos que inventar, la jurisdicción y la competencia con sus factores están definidas desde hace muchos siglos, realmente lo que hacemos es recoger normas que ya están hoy en el Código de Procedimiento Penal o que están en otros Estatutos que se ocupan de materias similares.

El libro segundo de este código, pues es muy importante en la medida de que allí está diseñado todo o qué debe hacer la Fiscalía General de la Nación. Es decir, actualmente el proceso penal, pues tiene una etapa de indagación preliminar, una etapa de investigación y una etapa de juzgamiento.

En lo sustancial el nuevo procedimiento tendría también tres etapas, una etapa de indagación, una etapa de investigación y el juicio. El juicio. Ahí vienen las discusiones teóricas porque los procesalistas se ocupan mucho de esos vericuetos de decir si hay proceso desde el juicio, o si lo único que es proceso es el juicio, o si la etapa de indagación y la etapa de investigación también son proceso.

Pero esas discusiones las podemos dejar para la Academia en la medida de que al aprobar estos principios Constitucionales y de bloque de Constitucionalidad, realmente la gente tiene derecho a que se la presume inocente, a defenderse, a un juicio imparcial tanto en los temas penales como en los temas administrativos, es decir, uno podría decir que los únicos que deben respetar la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* son los jueces y los fiscales y que la Policía Judicial no tendría también esas obligaciones.

Para nosotros es claro que en Colombia todos estamos sometidos en cuanto a servidores públicos a garantizar a los ciudadanos un debido proceso fundado especialmente en el principio de la legalidad y en la presunción de inocencia.

De manera que aquí nosotros hemos aceptado que sin resolver sustancialmente el tema desde cuando va a ver proceso en términos estrictos, lo que sí debemos es decir que hay defensa desde antes del juicio, que no puede haber defensa solamente para el juicio.

En esta nueva estructura entonces hay una indagación preliminar, que llamaríamos hoy día o una indagación que se llamara pues si se aprueba esto, en la que la Policía Judicial ante la información de que ha ocurrido un hecho que puede ser delito, activa toda su estrategia y toda su logística, para perseguir al autor o a los partícipes de ese hecho y para recoger toda la información, todos los elementos probatorios, todas las evidencias, toda información que permita después ir a los jueces a pedir que esas personas sean juzgadas en un juicio público oral y contradictorio.

Esta Policía Judicial, y en eso los Ponentes hemos sido bastante exigentes, debe estar bajo la dirección y la coordinación de la Policía Judicial, perdón de la Fiscalía General de la Nación. El responsable de la investigación debe ser el fiscal, no la Policía Judicial.

Para mí esto es muy importante porque aclara y puede ser útil frente a los excesos que se van a cometer en este país, con ese Estatuto Antiterrorista que aprobamos y que nos va a confundir totalmente porque van a haber autoridades de Policía Judicial que pueden actuar por allá como descoordinadamente y hacer lo que les provoque.

Los Ponentes hemos incluido aquí una norma muy importante, que la Fiscalía también ha patrocinado y es la siguiente. La Policía Judicial sale a investigar, pero inmediatamente tiene que informar a la Fiscalía, no como se pretendía que duraran investigando 36 horas y a las 36 horas informaran, para que la Fiscalía comenzara activar todos sus mecanismos de cumplimiento de sus funciones.

Hemos propuesto que haya dos informes, uno de la Policía judicial, DAS; la Policía Nacional, una Superintendencia, la Procuraduría, la Contraloría, en los temas en los que tienen funciones de Policía Judicial, tan pronto comience a actuar le informe a la Fiscalía, y la Fiscalía debe recibir un segundo informe antes de las 36 horas siguientes, para que se sepa que hizo la Policía Judicial en esa rápida e inmediata reacción frente a la noticia de la ocurrencia de un hecho que puede ser delito.

En este libro segundo insisto, entonces hablamos de todo el tema de la Policía Judicial y todo el tema de la Fiscalía, pero insistimos en que la Fiscalía tiene que, y aunque suene feo, tiene que garantizarnos que va a dirigir y a coordinar toda la actividad de recaudación de los elementos probatorios que se llevarán al juicio. Yo soy muy confiado en eso. La experiencia de la gente que ha litigado es que si la Policía Judicial va a cometer abusos, va a hacer mal las cosas, pues eso va a redundar en que la acusación no va a tener el peso suficiente para lograr la demostración de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad de sus autores o auxiliadores.

Es decir, hay que crear también una cultura, y en eso la capacitación yo no sé como irá a ser, porque si la Policía Judicial practica mal el levantamiento de la información, pues los juicios van a ser un fracaso, que va a necesitar investigadores muy capaces, de hecho ya los hay en el CTI, en la Policía Nacional, tenemos laboratorios, tenemos gente con experiencia, con mucho conocimiento, en las Superintendencias, en los temas que les corresponde, hay gente excelente.

Pero habría que pensar en capacitar mucho más a quienes levantan esas evidencias, porque como no son pruebas, tienen que llegar incontaminadas, preservadas, guardadas de una manera muy sofisticada para que lleguen puras, auténticas al juicio que será donde se debata y se les dé su exacta dimensión probatoria.

El libro tercero del código que presentamos es el que con más énfasis desarrolla el Acto Legislativo 03 de 2002, es decir, el sistema que vamos implantando ¿Por qué? Porque él se ocupa de la tercera etapa, llamaríamos, de todo este proceso que es la etapa del juicio, allí simplemente se dice cómo se presentarán los elementos probatorios, cómo se hará la imputación, como se formulará la acusación, quiénes podrán intervenir, cómo será la práctica de las pruebas, qué providencias pueden producirse allí, qué recursos hay contra esas providencias y en fin todo lo que tiene que ver con la realización del juicio público, oral y contradictorio que quiso el Constituyente señalar cuando dio lugar a esta importante Reforma del Código de Procedimiento Penal.

El libro cuarto trata sobre la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. Nosotros no le hemos puesto particular importancia a ese libro cuarto en la medida de que son temas ya tratados en otros Estatutos, ya presentes en otros Estatutos y la verdad que sí son muy necesarios, porque no podríamos tener un proceso con investigación y juicio y que bajo los principios y normas rectores de otros sistemas se tramitaran por ejemplo la ejecución de la pena.

Entonces hemos creído aquí conveniente incluir en este libro cuarto todo lo relacionado con la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables.

Hay un libro quinto, pues yo quiero que lo explique la Fiscalía, un libro quinto que se refiere a la cooperación internacional, me parece que ustedes deben informar al Congreso y también a los Ponentes sobre la dimensión la importancia de un tema que yo confieso no manejar suficientemente como es el de la cooperación internacional, pero la Fiscalía tendrá suficientes argumentos para defender la propuesta que nosotros hemos patrocinado en la Ponencia.

El libro sexto del código, pues son unas normas de implementación y transición del sistema mixto de tendencia acusatoria que estamos diseñando en este código, y yo esperaría que podamos discutir su articulado muy puntualmente si a bien lo tienen los señores Senadores.

A mí me parece entonces que en estos términos puedo dejar mi presentación sin olvidar una propuesta que ha sido bastante debatida, pero a la que yo creo se le ha dado más literatura y más discurso que el que debiera tener.

Es el tema del principio de oportunidad que yo encuentro claro desde el acto legislativo, quedó como una forma de principio de legalidad. Aquí se irán a dar las discusiones tenemos algún articulado todavía en remojo, pero lo que sí debemos ser claros es que nosotros hemos defendido desde el Acto Legislativo el principio de legalidad, y que el acto legislativo lo que dijo simplemente cuando se trajo el principio de oportunidad fue lo siguiente, que la Fiscalía está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y que no podrá suspenderla, ni interrumpirla, ni renunciar a ella salvo en los casos que establezca la Ley para el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

Entonces si la Constitución dijo que salvo los casos que señale la Ley, pues eso es principio de legalidad y en eso no estamos cometiendo ningún error sustancial. Lo que pasa es que aquí hay unos aficionados a ver las películas gringas y entonces creen que el sistema que vamos a montar es como Hawai cinco cero, o cómo se llama, o el juez franco o estas cosas americanas y no, no es así, no es el sistema acusatorio de corte Anglosajón. Nosotros nos hemos aproximado sin llegar tampoco en un 100% a acogerlo al sistema acusatorio del corte europeo continental.

Entre otras cosas porque esos principios generales nuestros de la legalidad especialmente, todos estos principios encajan más dentro de una tradición romano-germánica muy para nosotros, muy importante para toda nuestra vida jurídica desde hace tantos años, y en ese sistema Europeo Continental el principio de oportunidad no es una excepción al principio de legalidad como sí lo es en el sajón… una forma de principio de legalidad donde el legislador señala los eventos en los que el fiscal puede abstenerse de investigar, suspender la investigación que ha iniciado porque considera que el delito perdió su importancia o que no fue muy grave, o que los más perjudicados fueron los mismos autores como ocurriría en un accidente de tránsito donde la víctima es un familiar del conductor, otros eventos que ya tendremos oportunidad de discutir muy claramente.

Pero yo quería hacer esta referencia porque en eso veo muchas dubitaciones de parte de los doctrinantes que hasta ahora se han ocupado del asunto. A nosotros nos parece que aquí no hay un sistema donde el fiscal con absoluta libertad, libre de todo condicionamiento, pueda decir qué investiga y qué no investiga porque aquí no existe esa posibilidad política que tienen los Fiscales del sistema anglosajón de investigar o de no hacerlo según consideraciones puramente políticas, puramente de su liberalidad, de su discrecionalidad.

Aquí lo que tenemos es un muy exigente, muy histórico y muy preciado principio de legalidad que cada rato nos interesamos en defender.

De esta manera pienso señor Presidente, que a pesar de la extensión del articulado he logrado como señalar las líneas que orientan nuestra Ponencia, y quedamos a su disposición para la discusión general y para el tratamiento del articulado, señor Presidente Gracias.

Por Secretaría, informa que se ha registrado quórum decisorio.

La Presidencia informa que se entra a decidir sobre los asuntos pendientes.

Cerrada la discusión del Orden del día y sometido a votación es aprobado.

Cerrada la discusión de las Actas Números 36 y 37, correspondientes a las sesiones celebradas por la Comisión los días 11 y 18 de mayo de 2004 y sometidas a votación son aprobadas.

La Presidencia informa que continúa el debate general y concede el uso de la palabra al honorable Senador Germán Vargas Lleras:

Gracias Presidente. Bueno, después de la presentación que ha hecho el Senador Héctor Helí Rojas, una presentación general, me parece como pertinente hacerle algunas aclaraciones a la Comisión que enmarcan el sentido de la presentación de la Ponencia.

De manera que me limitaré a hacer alusión sobre algunos asuntos a la Comisión que enmarcan el sentido de la presentación de la Ponencia. De manera que me limitaré a hacer alusión sobre algunos asuntos que tal vez no fueron tratados por el Senador Rojas.

El primero de ellos es que ustedes verán que se introdujeron, lo que aparenta un sin número de modificaciones al texto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes, pues podría decir que eso pues no hay caso. La gran mayoría de esas modificaciones fueron de redacción o de reubicación de textos, inicialmente uno puede tener la impresión que más de 100 artículos fueron modificados. Quisiera hacer esa precisión ¿no es así?

En su conjunto fueron modificaciones de redacción o de ubicación temática. Sí se introdujeron cambios a algunos asuntos que me permito enumerarlos así: En primer lugar, se unificaron todos los procedimientos frente a lo que se considera la prueba anticipada y se centralizaron todos ellos en el juez de garantías.

En segundo lugar, se recuperó el principio del recurso de reposición que había sido abolido en la Cámara de Representantes, y se estableció que ese recurso naturalmente debe surtirse en la misma audiencia para ser resuelto en ella misma como principio general, es una segunda modificación que se introduce al texto aprobado en Cámara.

Y en tercer lugar, se unificaron los recursos frente a la apelación de las providencias interlocutorias y a las sentencias mismas ¿En qué sentido? La Cámara había establecido que no era necesario sustentar el recurso en la misma audiencia y prácticamente se surtían dos sustentaciones, una ante el mismo funcionario ante el cual se solicitaba la apelación, y otra que tendría lugar ante el funcionario en donde se surtía la apelación.

Esto pues resolvimos unificarlo. De manera que no será necesario sustentar el recurso ante el inferior sino simplemente solicitarlo en la misma audiencia, y posteriormente una vez el recurso se concede se surtirá ante el superior jerárquico que debe conocer del recurso.

Yo diría que fundamentalmente esas fueron las modificaciones de fondo que se introdujeron a los textos aprobados en Cámara. Ahora hay una reubicación de aproximadamente 11 temas, que como ya lo señalaba aparecen reubicados dentro del propio código. Le citaría algunos ejemplos. El tema aprobatorio estaba en el tema naturalmente de pruebas.

Ahora aparece un nuevo capítulo al final, que es toda la cooperación internacional que agrupa extradición, agrupa pruebas y agrupa el tema de sentencias en el extranjero bajo ese nuevo título al final del código.

Con esto, digamos, concluyo las precisiones referentes a las modificaciones al texto de Cámara, fundamentalmente son esas tres, la reubicación de aproximadamente 11 temas dentro el código, y las correcciones de redacción que se introdujeron que son eminentemente de redacción.

Podríamos también decir en términos generales y para ilustración de la Comisión muy grosso modo, cómo se va a surtir el procedimiento, cuál es el nuevo procedimiento, cuáles son sus instancias, de suerte que ustedes se formen una visión general.

Fundamentalmente se abre la investigación que estará a cargo de la Policía Judicial, naturalmente orientada por el fiscal, los fiscales, y se inicia la investigación. Una vez que se establece, existe alguna evidencia de responsabilidad imputable a alguna persona, el juez, el fiscal, perdón, debe acudir ante el juez de control de garantías y así debe proceder siempre para que tome las medidas conducentes y la siguiente instancia será la de formulación de imputación, es nuevo término que se establece en el código.

Una vez que existe formulación de imputación, que es naturalmente la providencia en la cual hay en principio o se puede derivar en principio responsabilidad alguna persona, esta tendrá 30 días, el fiscal tendrá 30 días calendario para establecer si promueve o no lo que en el nuevo código se denomina el escrito de acusación.

Una vez que se ha surtido esta etapa, el juez debe citar a una audiencia de lectura de cargos. En esa audiencia de lectura de cargos el fiscal de conocimiento procede a la lectura de los cargos. Debe manifestar igualmente en esta instancia qué pruebas tiene y cuáles pretende hacer valer en contra del sindicado.

A partir de ese momento se abre una etapa de sesenta días que le permiten a la persona sindicada estructurar su defensa. Surtida esta etapa debe citarse lo que el nuevo procedimiento denomina la audiencia preparatoria. Audiencia en la cual se discutirá el procedimiento, la conducencia de las pruebas que se pretenden aportar, también la orden en que se adelantará la práctica de estas pruebas en esa audiencia.

La siguiente etapa ya es la audiencia pública oral propiamente dicha, que consta de cuatro partes. La presentación del caso tanto por parte del fiscal como por parte de la defensa; una segunda parte que es la práctica de las pruebas, naturalmente bajo el nuevo sistema que deben adelantarse orientadas bajo los principios de la inmediación, de la oralidad, de la contradicción y de la publicidad.

Tiene en tercer lugar, esta audiencia los alegatos de parte, tanto por parte del fiscal como por parte de la defensa, y finalmente esta audiencia debe concluir con la manifestación del juez de lo que se denomina sentido de falla.

Si la persona es responsable o evidencias, si existe el principio de responsabilidad, continuará la audiencia pública; si el juez determina en el sentido de fallo que hay un principio de responsabilidad, la audiencia pública debe continuar y en esa etapa intervendrá la defensa, el ministerio público y el fiscal. Ya un poco para establecer la calidad y la cantidad de la pena. Y esta etapa termina con la audiencia para lectura de fallo. Se entiende naturalmente que si la manifestación del juez, del sentido de fallo, de no-responsabilidad, ahí termina el proceso.

Si es evidenciada la responsabilidad del sindicado, la siguiente ya es la audiencia para lectura de fallo. En términos generales estas son las nuevas etapas bajo las nuevas denominaciones que tiene el proceso. Surgirán algunas preguntas de algunos miembros de la Comisión sobre algunos asuntos que fueron objeto de gran debate a lo largo de la discusión de este proyecto en la Cámara de Representantes, sobre las cuales me parece también que exista suficiente ilustración.

Hubo una gran discusión sobre el tema de la extradición en la Cámara, los Senadores de la Comisión Primera pueden tener la certeza de que revisado el expediente se tomó la decisión; lo consideramos adecuado de mantener sin alterar en manera alguna toda la reglamentación que está vigente en este momento en materia de extradiciones.

En la comisión preparatoria que laboró durante varios meses, a aquella fue integrada a la luz del acto legislativo, hubo una gran discusión si valía la pena o no valía la pena introducirle modificaciones a la extradición en el sentido, así lo defendimos algunos, yo entre otros, de proceder más hacia una extradición administrativa.

En la Comisión fuimos derrotados, se acordó preservar la extradición en los términos en que está rigiendo hoy en día. Luego en la Cámara se inició una discusión sobre si debía adelantarse también mediante una audiencia para conservar de alguna manera unidad con el resto de procedimientos que se acogen en este código.

Y finalmente se acordó que no, que se mantenga integralmente en los términos en que rige hoy en día todos los procedimientos previstos para esta figura, desechado por parte de la Cámara, desechado en la Comisión redactora del actual código; podemos decir que se mantiene exactamente en igual forma a como rige hoy, pese a que algunos pensamos que podría aprovecharse el trámite del código para acelerar algunos aspectos relacionados con la misma, fundamentalmente para buscar se incorporara una figura que se ha denominado administrativa, pero eso fue desechado.

Pueden también surgir interrogantes, algunos lo han manifestado en torno al tema de cómo van a operar los asuntos referentes a las sentencias anticipadas, a la colaboración con la justicia, podríamos decir también que estos aspectos mantienen las normas actualmente vigentes.

Sentencia anticipada continuará recibiendo beneficios de una tercera parte siempre y cuando esta sentencia se produzca antes de la imputación, antes de que el fiscal formule la imputación, y esto debe producirse antes del escrito de acusación.

Ahí la persona recibiría una tercera parte que es exactamente lo que está rigiendo hoy en el actual código. Luego, si la sentencia se produce después del escrito de acusación y antes del juicio oral o de la audiencia, aún podrá reconocerse una sexta parte. Así viene contemplado en el código.

Surge un asunto que no fue fácil esclarecer en relación con el juez de garantías, quién ejercía las funciones o quién debería ejercer las funciones de control de garantías cuando se trate de procesos que se adelantan ante la Corte Suprema de Justicia. Había dos respuestas al respecto. Una que fue promovida por algún magistrado de la Corte y un ex magistrado de la Corte, las deliberaciones en donde ellos consideraban que el control de garantías a los procesos de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia debería ejercer los pares, y había propuesto inicialmente que fuera el Presidente del Consejo de Estado y un magistrado de la Corte Constitucional.

Francamente consideramos, yo así lo pienso, que asignarle la responsabilidad al Presidente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, de ejercer como jueces de control de garantía, en todos los procesos que se surten en única instancia ante la Sala Penal de la Corte Suprema, era atribuirles un recargo del trabajo francamente inconveniente.

Por eso encontrarán ustedes en el código que la función del ejercicio del control de garantías a estos procesos fue asignada a un Magistrado del Tribunal Superior. En los demás procesos la función del control de garantías estará asignada a los jueces municipales.

Qué otros asuntos que podrían despertar alguna inquietud, quisiéramos expresarles; bueno el principio de oportunidad, ya se refirió el Senador Héctor Helí Rojas a la luz del Acto Legislativo pues está inspirado en los principios de la necesidad, en los principios de la conveniencia y en los principios de la proporcionalidad ¿Qué más podríamos agregar? Bueno, y a la luz del Acto Legislativo también diríamos como lo establece el artículo 547 que este procedimiento pues va a tener diferentes etapas, tanto en el tiempo en cuanto al orden territorial para su entrada en vigencia.

El 1º de enero del año 2005 se espera que este procedimiento esté vigente en la tercera parte de Bogotá, en Armenia, en Manizales y en Pereira. Serán los sitios piloto en los cuales entrará a regir. El primero de enero del año 2006 empezará a regir en los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, Santa Rosa, San Gil y Tunja. El primero de enero del año 2007, en Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué y Neiva.

El primero de enero de 2007, los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio, y los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que lleguen a crearse en estos años, entrarán a regir a partir del 1º de enero del año 2008.

Existían también unas preocupaciones de parte de ustedes relacionados con la mecánica, la información que tenemos los Ponentes y que seguramente podrá ser ampliada en mejor forma por parte de los funcionarios de la Fiscalía, es la relacionada con la infraestructura y la capacitación, la información que tenemos es que ya se están adelantando las obras físicas, en parte ya se iniciaron las obras físicas relacionadas con la adecuación de los salones de audiencias y que dentro del cronograma de obras que tiene la Fiscalía, ellos consideran que el primero de enero del año 2005, en aquellos sitios que yo les he expresado, la tercera parte de Bogotá, Armenia, Manizales y Pereira, la infraestructura para la implementación del sistema ya estará plenamente adecuada.

En igual forma se irán adecuando los salones y la infraestructura necesaria en los demás distritos judiciales, dependiendo de la entrada en vigencia que está prevista, acorde con las fechas que aquí hemos señalado. Seguramente ustedes nos podrán ampliar de mejor forma esta información.

Finalmente está el tema de la capacitación de los funcionarios, la información que hemos recibido es que este proceso de capacitación ya se ha iniciado, tanto en el ámbito de quienes ejercen jurisdicción, como por parte de los funcionarios del Ministerio Público.

Era otra de las preocupaciones que se tenían cuando se tramitó el acto legislativo. Concluiría expresándoles tres asuntos. Primero, creemos francamente que las competencias de la Procuraduría General de la Nación se han preservado integralmente a todo lo largo del proceso, sin omitir instancia alguna de conformidad con la expresión de la decisión que tomó esta Comisión y las Plenarias de una y otra Cámara en el sentido de preservar la actuación de la Procuraduría a todo lo largo del proceso.

Es más, este código en ese sentido es tan garantista que el Procurador prácticamente se convierte en un Procurador sobre las actuaciones del Fiscal General de la Nación, de los fiscales que estén actuando en los debidos procesos, era otra preocupación que existía, tan es así que la información que tenemos es que la procuraduría se encuentra satisfecha y suficientemente dispuesta en relación con las funciones que se le preservan en el código a todo lo largo del proceso. Era otra preocupación que aquí se tenía y que yo creo que ha quedado absuelta.

Los dos temas adicionales serían, pienso yo y lo digo con franqueza, que en este código aún hay un tema que tiene fragilidad, que yo quisiera que a él se refiriera el Fiscal General y el Vicefiscal.

Me parece, francamente lo digo con honestidad, que el sistema nacional de defensoría pública está débil y está muy frágil. Lo digo sin vergüenza alguna, era otra preocupación que existía, que yo quiero poner aquí de presente para que estudiemos la conveniencia mediante la cual debe reposarse este sistema. Advirtiéndole lo siguiente: Hay un proyecto que cursa en Cámara que debe ser o debe iniciar su estudio en la Comisión Primera del Senado ojalá esta semana, porque ese es de aquellos proyectos que también debe ser expedido dentro de los plazos que fijó el Acto Legislativo y aunque podríamos adelantar un enorme debate si el Congreso pierde o no competencia, yo no lo creo.

Para tramitar esos códigos aun por fuera de los plazos señalados en el Acto legislativo, pues quisiera ponerles este asunto de presente. Y finalmente, pues Senador Héctor Helí Rojas hay dos asuntos que usted ha venido planteando muy claramente relacionados con el artículo 275 que está ligado con el artículo 117, y que tiene que ver con, realmente, un asunto de garantías procesales al sindicado, en qué momento debe ser notificado, en qué momento puede su apoderado empezar a actuar en el proceso.

Yo le confieso que tengo algunos reparos a la postura que usted ha traído a consideración de la Comisión, pero tuve la oportunidad de conversar con el Fiscal General quien me expresó que había logrado buscar un punto de conciliación con sus propuestas y que lo presentaría hoy, para que sea discutido en la Comisión.

De manera que si eso es así, yo no voy a ser más papista que el Papa y si el Fiscal General se está allanando algunas de sus solicitudes, y le presentara a la Comisión alguna propuesta intermedia en este sentido o acogiendo en parte sus solicitudes, yo espero que él traiga su fórmula conciliatoria que me parece que supera las dos inquietudes que usted en ese sentido había presentado y que naturalmente están relacionadas, con en qué momento realmente el sindicado o supuesto sindicado o posible responsable de la conducta puede realmente actuar en la etapa previa, y en qué momento su apoderado puede naturalmente hacerse parte en el proceso.

Yo, pues esa parte esperaría que el fiscal traiga, repito, lo que ha sido o debe ser una conciliación entre su postura y aquella que presenta la Fiscalía. Termino por decir que realmente todo esto es un gran avance, yo francamente creo que voy a contribuir enormemente a agilizar los procesos en Colombia, el estimativo que tenemos es que una vez entrada en vigencia esta legislación no hay razón alguna para que un proceso no concluya en nuestro país en un término inferior a nueve meses.

Hay un asunto que lo dejo también a consideración de ustedes, yo no le veo un enorme problema, espero que no lo sea y es en la parte final del código, traemos una norma naturalmente que acelera las prescripciones de algunos procesos en el país, haciendo la salvedad claramente que esa prescripción no cobijaría ninguno de los casos que hoy están siendo atendidos por los jueces especializados de circuito, o sea, no cobijaría esa celebración la prescripción de todos aquellos delitos que puedan revestir alguna gravedad.

Yo tenía alguna duda sobre la aprobación de esa norma, la Fiscalía ha hecho una defensa de la misma y siempre y cuando estén salvaguardados los procesos de mayor gravedad que son aquellos que conocen los jueces especializados del circuito pues parecería adecuado, por lo menos conveniente que la entrada en vigencia de este nuevo procedimiento no sufriera todos los traspiés que tuvo y que ya conocemos, la entrada en vigencia de la Fiscalía General de la Nación, a fin de que la justicia en lo penal pueda algún día ponerse al día.

Terminaría por decir que tampoco se tomaron decisiones diferentes a las que están vigentes en relación con todos los procesos de aquellas personas que gozan hoy de fuero, por ello nos referimos a los Congresistas entre muchos otros. Esos procesos se conservaron en términos generales bajo las normas hoy vigentes.

De manera que pues se preguntarán ustedes por qué, por ejemplo en relación con el juzgamiento de Congresistas prácticamente se va a mantener un sistema mixto, pero pues fue la decisión que se tomó, los funcionarios que gozan hoy de fuero, pues se respetará ese fuero o conservarán procedimientos similares a los que están previstos.

Qué más agregaría yo a la presentación del doctor Rojas como para enmarcar el debate (…) Bueno. Termino por decir que existe alguna también, pequeñas diferencias en cuanto a la apreciación de lo que debe entenderse por el principio de oportunidad.

Yo francamente pienso, lo creo, así lo defendí en el trámite del Acto Legislativo que algo que le da realmente sentido a la aprobación de este nuevo procedimiento y del código, es que el Fiscal General goce de cierta libertad en la aplicación del principio de oportunidad, el principio de oportunidad además establece precisamente para que la Fiscalía pueda irse especializando y concentrando en aquellos asuntos que revisten mayor gravedad, con esos argumentos fue que en esta misma comisión se introdujo en el Acto Legislativo y me parece que el principio de oportunidad no debería tener tantas restricciones que lo hicieran, y no que estando el principio de oportunidad sometido de todas maneras a un control de legalidad por parte de los jueces, pues la Fiscalía debería tener bastante discrecionalidad en cuanto a su aplicación.

Ahí aun tenemos diferentes apreciaciones sobre el mismo, pero seguramente es revivir el debate que tuvo lugar cuando lo discutimos en el Acto Legislativo y que pues aquí nuevamente se presentará una vez que a ese punto lleguemos, pues expondremos nuestras consideraciones.

En términos generales yo diría Presidente, que esa es la presentación, solamente me resta advertirle a la comisión, algo que no es tampoco de nuestro resorte, y es el apremio del tiempo que tenemos para el trámite de este código.

Claro, exhortar a los miembros de la comisión a que lo aprueben con celeridad, nunca resulta pues por lo menos elegante, pero tenemos esta semana, luego debe dejarse mediar una semana para que el código pueda entrar a la Plenaria, y se hace necesario como ustedes le podrán apreciar la conciliación.

De manera que por más que resulte incomodo decirlo, yo diría que iniciemos el estudio hoy, a lo sumo mañana o pasado mañana deberíamos estar aprobando esta iniciativa, a fin de que pueda concluir dentro de los términos previstos en el Acto Legislativo su aprobación en ambas Cámaras.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Agregaría eso honorable Senador, que la ponencia fue publicada desde la semana pasada, desde el lunes está en manos, entonces yo creo que los Senadores hemos tenido el tiempo suficiente para digerir el proyecto.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Germán Vargas Lleras:

Termino con esto Presidente. No veo pues mecanismos distintos, si queremos cumplir con esos casos, a que tratemos de aprobar la gran mayoría del articulado que no suscita dudas o por lo menos que no es susceptible de alguna discusión, aquí con mucha honestidad personal les hemos presentado los temas que pueden ser objeto de algún debate, o que generaron en el trámite del Acto Legislativo controversia, se los hemos enumerado, son los relacionados con la defensa, con la aplicación del principio de oportunidad, con los términos, pero excluyendo esos temas yo creo que podríamos ir avanzando si así lo estiman ustedes, en la aprobación del Articulado y nos reservemos para el debate, los puntos aun sin artículos que los Senadores consideren que deben ser objeto de algún estudio más detallado.

Yo concluyo diciendo que uno cuando participa en la preparación de este trabajo, nuevamente se llena de esperanzas, no en vano se tramitó la implementación de este sistema acusatorio en Colombia, si todo lo que aquí está contenido como desarrollo de ese Acto Legislativo, llegamos a tenerlo en vigencia en nuestro país algún día, y eso por día debemos entender, el primero de enero del año 2005. Caramba, va a ser muy satisfactorio ver realmente una reforma integral en lo Penal en nuestro país.

Ver uno a los Fiscales, no van a poder después de que formulen la acusación, retener por más de treinta días a una persona privada de la libertad sin que el proceso avance. Que para dictar un auto de detención el fiscal ya va a tener que estar suficientemente ilustrado, sólido en el acerbo probatorio a fin de que no se le caigan estas solicitudes ante los jueces de control de garantías, todo esto parece ser, lo digo con franqueza, lo llena a uno de entusiasmo, lo llena de interés, en poder ver esto algún día vigente en nuestro país, creo que el Congreso acertó cuando tramitó el Acto Legislativo.

Y termino por decirles, en mi leal saber y entender, esto naturalmente no es palabra para nadie, pero quiero que entiendan que nuestra tarea de Senadores y como coordinadores de ponentes y, de alguna manera, para tranquilidad de muchos de ustedes, creo, aunque uno es siempre susceptible de equivocarse, les podemos dar nuestra palabra de honor de que esperamos de que a este código no le se le haya colado ningún mico. En los asuntos que más interés despierta ante la opinión pública, o que son más susceptibles de suscitar controversias en asuntos que después naturalmente, cuya responsabilidad se le asigna al Congreso.

No creemos francamente, dentro de lo que nos fue posible hacer nuestro trabajo, que este código tenga rendijas por las cuales se pueda pensar en que habrá lugar a impunidad o habrá lugar a que se aproveche el trámite o el cambio de legislación.

Yo francamente pues en lo que a mí respecta, yo creo que el doctor Héctor Helí Rojas y el doctor Gómez Gallo me aconsejan, francamente podría decirles que no creemos que en este código venga ninguna norma que consagre en especial el favorecimiento o que pueda ser utilizada para procurar impunidad, que es siempre un peligro que se corre en un trámite de legislación y en especial un procedimiento tan complejo como este.

Creemos no defraudarlos y les decimos que hicimos nuestro mejor esfuerzo, con un criterio severo en no ir a permitir el favorecimiento de nadie con la aprobación de este nuevo código. Si de algo les da tranquilidad estas palabras, pues esperamos que las acepten. Gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Darío Martínez Betancourt:

Señor Presidente. Me voy a referir al último punto tratado por uno de los coordinadores de ponentes, el Senador Vargas Lleras. A la parte cronológica de la discusión del proyecto, porque me da una bonita oportunidad de aludir a un aspecto muy importante que se está tramitando en la Corte Constitucional sobre eso.

Resulta que en la Corte Constitucional se ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo cuarto transitorio parcial del Acto Legislativo Numero 03 del 2002, por el cual se reforma la Constitución. Esa disposición transitoria, es la que nosotros aprobamos, trasladándole la competencia al Presidente de la República para expedir todos estos códigos incluido el Procedimiento, en el evento que no lo hiciéramos nosotros hasta el 20 de junio y como eso ha sido una especie de espada de Damocles, ese término, en este y en los otros estatutos que hemos estado evacuando poco a poco, pues al Senador Vargas Lleras, que yo ya no tengo tanta premura, ni tanta intranquilidad frente a ese término constitucional, porque primero conozco la demanda que se ha presentado. Segundo porque conozco y aquí tengo en mis manos un importantísimo concepto del señor Procurador General de la Nación, pidiendo la inexequibilidad de ese artículo cuarto transitorio del Acto Legislativo 03 del 2002 y porque además tengo la convicción por la seriedad y la consistencia de esos argumentos, tengo la convicción que la Corte Constitucional va a declarar inexequible el artículo cuarto Transitorio Parcial.

Así que, tranquilamente señores Senadores, uno puede pedir que se discuta artículo por artículo, son quinientos cincuenta artículos y en un acto de responsabilidad legislativa, podríamos estar evacuando nosotros el proyecto aquí al filo del 20 de junio y en sesiones extraordinarias o en las sesiones ordinarias de julio, se podría acabar el Código de Procedimiento Penal como todos los códigos que dan desarrollo al Acto Legislativo que creó el sistema acusatorio, obviamente que con esta afirmación los veo que se asustaron algunos de los funcionarios de la Fiscalía, que están sentados en la tribuna principal, pero decían, pero cómo es eso, cuál es la razón de que yo pueda pedir que se discuta artículo por artículo, quinientos cincuenta artículos, eso es para hundir el proyecto, no señor Vicefiscal, no se asuste.

De pronto es un chiste, un mal chiste que estoy haciéndoles, pero no, lo estoy diciendo con toda la seriedad del caso, por lo que voy a decir enseguida frente a esta demanda bien importante. Y a este concepto de la Procuraduría bien importante frente a ese traslado de competencias al ejecutivo. En este caso y en otros. Este es un llamado de atención al cual señores Senadores, estamos obligados a recibirlo con humildad democrática, porque ahora sí se abrió la posibilidad y la puerta para por vía de Actos Legislativos entregarle al Ejecutivo funciones que no puede hacer el constituyente derivado en este caso el Congreso, porque no se lo permite nuestro sistema político y la razón de ser filosófica y política del Estado Constitucional Democrático Colombiano.

Dice este concepto: Yo voy a hacer unas citas rápidas de lo que considero más sintético, dice este concepto. Vean el llamado de atención señores Senadores, y ello es lo que sucede en el asunto que nos ocupa, pues de lo que aquí se trata es de la decisión de poder reformar, de alterar lo que el poder constituyente ha decidido en materia esencial de la organización y funcionamiento del Estado Democrático, como es la competencia para dictar la ley que regula nada más, ni nada menos, que el derecho a la libertad dentro de un Estado Social de Derecho, cuando en el contexto del principio de la soberanía popular la ley es entendida como la expresión de la voluntad del pueblo, adoptada por su legítimo representante.

Pero más adelante o más atrás, mejor, dice la Procuraduría: Con todo el respeto debido, quiere el Viceprocurador llamar la atención sobre la forma recurrente como el Congreso de la República ha venido apelando a esta modalidad de delegación de su función primordial de legislar en materias que como las aquí analizadas solo a él competen, en su condición de órgano del poder público mediante el cual el pueblo ejerce indirectamente su soberanía, razón por la cual su regulación es indelegable, pues con ello se están erosionando las bases mismas del régimen democrático instituido por el Constituyente de 1991.

¿Qué es lo que pasa en el fondo de toda esta importantísima discusión? Pasa lo siguiente: La Constitución Política Colombiana según la Corte y según la Sentencia que aquí la ha citado varias veces el Senador Gaviria, la Corte Constitucional en la Sentencia que desató el asunto del Referendo, dijo que el poder del Congreso para Reformar la Constitución, es un poder limitado, que no obstante no existir cláusulas de irreformabilidad, cláusulas pétreas, existen unas limitaciones que si bien es cierto, nosotros podemos reformar su constitución en todo su articulado, no lo podemos hacer en aquellos aspectos o en aquellas materias que toquen con la esencia de la constitución, con la estructura esencial de la constitución, con la identidad política de la constitución, le puso límites entonces al poder reformatorio de la constitución, sobre esto hay toda una inmensa teoría constitucional que no es del caso traerla sobre el poder Constituyente.

Ahora bien, quienes demandan este acto legislativo en el artículo cuarto transitorio parcial, sostienen, miren ustedes, sostienen que al haber nosotros

entregado por acto legislativo esa facultad al Presidente, subsidiariamente para expedir los códigos, estamos atentando contra la estructura esencial de la Constitución, en aspectos democráticos constitucionales.

Y para mencionar algunos, Senadores, uno: Principio liberal, la división de la rama del poder público, la separación de las Ramas del Poder Público, aquí se hace un estudio bien interesante, yo la voy a dejar como constancia este importante concepto de la Procuraduría, aquí están resumidos los planteamientos de los dos demandantes, y la reflexión es muy sesuda de la Procuraduría sobre este tema.

Primero se hace un estudio sobre el asunto de la identidad de la Constitución, sobre los principios fundamentales y los valores que informan la Constitución Política Colombiana, referentes, necesarios para poder determinar si esa facultad que nosotros dimos al ejecutivo a través de un acto legislativo, constituye o no una sustitución de la Constitución y aquí en los distintos acápites de este concepto se demuestra con muchísima sabiduría cómo nosotros atentamos contra la Constitución Política Colombiana y abordamos el poder constituyente del pueblo, el poder soberano del pueblo al haberle entregado al ejecutivo la posibilidad de expedir los códigos si el Congreso no lo hiciera.

Se modificaron en ese acto legislativo en la norma transitoria mencionada normas constitucionales, según este concepto, que no son reformables por parte del Congreso. Primero: El artículo 150 Numeral 10, que establece que no se puede entregar facultades extraordinarias para modificar códigos.

Segundo: La misma prohibición para que el ejecutivo legisle sobre leyes estatutarias.

Tercero: La prohibición del artículo 252 que establece que aun en los estados de excepción el Gobierno no podrá suprimir o modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

Estas tres normas constitucionales, según este concepto de la Procuraduría, no las puede modificar el constituyente derivado, y mal así sea por el camino del Acto Legislativo, podemos desplazarlas y entregarlas esas funciones en cabeza del ejecutivo.

Aquí hay unas citas muy interesantes de Lobin Stain, de Smith, sobre el poder constituyente primario, el derivado etc., para reafirmar la seriedad de este concepto y entre las tantas cosas que concluye la Procuraduría, dice: En criterio de este despacho son básicamente dos los principios fundamentales que el Congreso de la República en el marco del ejercicio de su poder de reforma, modificó con la medida adoptada en el Inciso Segundo del artículo cuarto Transitorio del Acto Legislativo número 03 del 2002 y, que por ser tales principios inherentes a la configuración democrática y garantista del Estado Colombiano instituido por la Carta del 91, se considera que con tal medida se desbordó el límite material del poder de reforma, debido a que este poder incursionó en ámbitos que son propios del constituyente primario, pues a este y sólo a este en virtud precisamente de tales principios, le corresponde la función de dictar los fundamentos de la organización política, ellos son el principio de la división del poder público y el principio de la soberanía Popular.

¿Qué se nos está diciendo? Que como constituyentes derivados, nosotros no podíamos entregar esas facultades extraordinarias al señor Presidente de la República para que legisle en representación nuestra, expidiendo toda esa clase de códigos.

Por eso digo señor fiscal, que con muchísima serenidad jurídica, tratándose de un asunto tan importante, yo diría que no hay afán para expedir el Código de Procedimiento Penal, claro, me podrán objetar, pero qué dirá la Corte Constitucional, conociendo la conformación democrática de la Corte y sus decisiones en estas materias, yo casi estoy seguro que ese artículo transitorio para bien de la democracia colombiana, para bien del Congreso tendrá que ser declarado inconstitucional, y es que la razón fundamental brilla con luz propia tratándose de la reserva legal, instituida por la constitución en cabeza del Congreso, para la expedición de códigos y leyes estatutarias, ese referente Constitucional efectivamente es sagrado, porque toca con derechos fundamentales.

Eso es casi inequívoco, tratándose de derechos fundamentales sea incluso la materia estatutaria o no sea, nosotros efectivamente no nos podemos dar esos lujos de seguir entregando unos poderes que son totalmente indelebles y se reiteró en el acto legislativo de la reelección presidencial, ahí se volvió a incurrir en este adefesio jurídico político de entregar. Cómo no, Senador Gaviria. Pero de todas maneras ni siquiera, dice este concepto Senador Gaviria, usted lo debe conocer, dice: Ni siquiera, dice: El principio de colaboración complementario entre las Ramas del Poder Público puede ser invocado para que el titular de la reserva legal que es el Congreso, pueda deshacerse de ella, como se desprende de un siguiente aparte jurisprudencial y hace unas citas de la propia Corte Constitucional, ni siquiera ese principio constitucional de colaboración.

Pero señor fiscal, yo no lo voy a poner nervioso, no lo voy a intranquilizar, creo que esta es una buena constancia, es oportuna, para que remeditemos hacia el futuro en esa tronera que hemos ido abriendo paulatinamente, poco a poco de pensar que porque somos poder constituyente derivado podemos hacer y deshacer con la Constitución Política Colombiana, y que por lo menos hacia el futuro seamos mesurados y seamos cuidadosos en entregar facultades al Presidente de la República, facultades extraordinarias coyunturales.

Pero no resisto la tentación de leer por lo menos el penúltimo párrafo de este concepto de la Procuraduría sobre este tema. Que es lo más concluyente, dice: Ello es lo que sucede en el asunto que nos ocupa, esto ya lo leí, perdón. Conclusión, por ello considera el despacho que el poder de reforma en este caso desbordó su ámbito de competencia, pues resulta claro que la definición de competencias de la rama del poder público, es potestad inequívoca del constituyente primario que es la instancia histórica y conceptual de donde ese poder toma su existencia y define sus lineamientos institucionales.

De allí que la suplantación de un poder por otro, se haga más palpable con la consecuente invasión en ámbitos vedados para el poder de reforma. Está firmado este concepto señor fiscal, usted también lo debe conocer por el señor Viceprocurador General de la Nación, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, yo lo voy a entregar a la Secretaría para que el señor Presidente ordene incluirlo en el Acta de la sesión, y tengo la aspiración democrática de que la honorable Corte Constitucional va a viabilizar esa demanda, y esa solicitud de la Procuraduría, declarando inconstitucional el artículo cuarto Transitorio del Acto Legislativo Numero 03 del 2002.

Porque efectivamente es abiertamente inconstitucional.

Con la venia de la Presidencia y del Orador interpela el honorable Senador Carlos Gaviria Díaz:

Si me permite el Senador Martínez, como él va a dejar ese documento. Muchas gracias. Como el Senador Martínez va a dejar ese documento anexo a una constancia, yo quiero acompañarlo en esa constancia si el Senador Martínez me lo permite.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Oswaldo Darío Martínez Betancourt:

Con el mayor gusto. Me honra su compañía, el Senador Gaviria como ex magistrado de la Corte Constitucional y porque en eso hemos coincidido con otros Senadores cuando se discutieron esos actos legislativos, y este acto legislativo en particular creo haberle oído a él y a otros Senadores importantes de esta comisión algo parecido, algo similar de lo que este concepto de la Procuraduría contiene. Me parece que es un tema vital, fundamental, trascendental.

Yo no estoy incitando a la Corte Constitucional para que tome una decisión en uno u otro sentido, ni más faltaba. Aquí hay unas responsabilidades de legisladores y de constituyentes que debemos cumplirlas de la mejor manera, pero sí es bueno deleitarse leyendo estos estudios jurídicos de gente estudiosa, bien importante, se puede estar de acuerdo, no se puede estar de acuerdo, yo personalmente estoy totalmente de acuerdo con estas demandas que se han presentado contra ese artículo cuarto Transitorio.

De todas maneras señor Presidente y señor fiscal, aterrizando sobre la discusión del proyecto 550 artículos del nuevo Código de Procedimiento Penal, constituyen y para nadie es un secreto, la médula espinal del nuevo sistema acusatorio.

Y efectivamente ese es un compromiso que tenemos los legisladores y especialmente quienes aprobamos ese acto legislativo, y que tenemos algunas simpatías por el nuevo sistema de investigación penal en Colombia.

Pero una cosa es legislar contra reloj con amenazas del tiempo y otra cosa es legislar con tranquilidad, yo alguna vez dije aquí en la comisión señor fiscal, que había que alabar a su señoría por el espíritu democrático que le había impreso a la discusión. Al debate y a la aprobación de todos

estos códigos, porque sin conocer en ese momento de la existencia de esta importantísima demanda y de este concepto de la Procuraduría, nos habíamos asustado y creo que usted como fiscal y que el ejecutivo fuera el que diera desarrollo a ese acto legislativo y no el legislativo.

Y en unos esquemas yo no sé si virtualmente o realmente autoritarios, en cabeza del Presidente de la República quedarán por decreto las definiciones en materia tan delicadas como Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Penitenciario, Estatuto Orgánico de la Fiscalía, hábeas corpus, etc.

Sí claro, seguramente cuando se aprobó el Acto Legislativo en ese aspecto específico se lo hizo de buena fe, pero se pudo haber tomado unas decisiones diferentes, más acorde con nuestro Estado Social de Derecho, con nuestro Estado liberal democrático constitucional, pero no se lo hizo, pero para eso afortunadamente tenemos un guardián de la heredad constitucional que es la honorable Corte Constitucional.

Señor fiscal, sí por…

El Congreso de Colombia no expide el Código de Procedimiento Penal o cualquier otro código, yo veo con optimismo la posibilidad de que el Código de Procedimiento Penal salga, no así con respeto a otros códigos que los veo atrasados en el trámite, rezagados en el trámite, con esto tenga usted la plena seguridad que no va a pasar absolutamente nada, yo estoy casi seguro de eso, yo creo no equivocarme y, ciertamente, la aspiración dentro de ese contexto democrático liberal es que este código específicamente el más importante, el Código de Procedimiento Penal lo evacue el Congreso, así tiene que ser.

El esfuerzo lo ha hecho la Cámara de Representantes impulsado por la Fiscalía, ahora lo está haciendo el Senado de la República con el impulso bien inteligente y racional de los señores ponentes, especialmente de sus dos coordinadores quienes ha hecho aquí una muy importante y clara exposición. Yo creo que hay que ponerle corazón al trámite de este Proyecto de código, afán, y decisión, pues si los cálculos que ha hecho aquí el Senador Vargas Lleras, pues son los cálculos absolutamente necesarios para obrar con seriedad y responsabilidad, bendita sea.

Si en esta semana logramos evacuar el Código de Procedimiento Penal maravilloso, pero suponiendo que eso no se diera por cualquier accidente de tipo parlamentario, que se dan en forma imprevista como aquel del mensaje de urgencia e insistencia en el proyecto de antiterrorismo, pues yo creo que nos vamos tranquilizando porque el Congreso hoy más que nunca va a quedar blindado después de conocer esa sentencia de la Corte Constitucional, en el uso exclusivo de sus competencias para legislar en estas materias, así nosotros mismos hayamos dicho lo contrario, así nosotros mismos hayamos manifestado algo totalmente diferente.

Yo por eso, señor Presidente, quería fundamentalmente aprovechar la ocasión para que la Comisión Primera conociera de estas cosas que estoy relatando, de estos hechos que estoy manifestando, que este documento corra en el Acta del día de hoy, que mis expresiones queden como constancia, apoyadas por el Senador Gaviria y ya en la discusión del Articulado tendremos la oportunidad de exponer algunas inquietudes sobre algunos aspectos que nos intranquilizan, y que aspiramos a que lleguemos a acuerdos y consensos en orden a que el código sea evacuado, pero sin afanes desmedidos. Con prontitud, pero con calma, sin desbocarnos porque ya, repito, por lo menos hay un porcentaje altísimo de que ese término hasta el 20 de junio muy pronto va a desaparecer, y que eso nos va a dar tranquilidad y sosiego para legislar como se debe legislar en estos aspectos, con absoluta y total responsabilidad. Gracias señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Germán Vargas Lleras:

Tres observaciones, dos observaciones que omití, que las quiero poner de presente. Una: En el trámite de la preparación de la ponencia recibimos observación del Ministro de Salud, a dos artículo*s*, Diego Palacio Betancourt, al artículo 38 y al artículo 482. Ambos relacionados con los jueces de ejecución de penas que en su momento se tramitarán como proposiciones.

Lo segundo. Yo recibí una senda comunicación que ustedes seguramente han, algunos, visto, el Contralor General de la República en donde expresaba una serie de inquietudes y preocupaciones que le asistía. Yo le respondí al Contralor General, me parece que esas preocupaciones si bien pueden tener mucho fundamento, llegaron, lo digo con franqueza extemporánea, cuando ya la ponencia estaba prácticamente terminada y publicada. Yo le expresé al señor Contralor que lo deseable es que se hicieran presentes en las deliberaciones y también le indiqué que cualquier iniciativa que a bien tenga, que parezca que puede ser útil introducir en la discusión de este código, nos la haga llegar, para que la debatamos y la consideremos a través de proposiciones bien sustitutivas, modificatorias o aditivas o a través de artículos nuevos señor fiscal.

Le dejo también esta preocupación para cuando ustedes vayan a intervenir. Si el Contralor tiene algunas preocupaciones, atendámoslas, pero no fue posible recogerlas en la ponencia, porque nunca se expresaron en concreto en qué consistían.

Lo señalo, Presidente, porque sería útil por conducto suyo y del Secretario pues informarle a la Contraloría General y al Contralor, que la discusión sobre el Proyecto se inició en el día de hoy para que se hagan parte en la Comisión, que no quede en el aire esa solicitud. En mi concepto llegó extemporáneo, pero el hecho de ser extemporánea en manera alguna debe desecharse, cualquier propuesta que consideren, enriquece el Proyecto, debería traerla a la consideración de la Comisión y hacerse presentes en la discusión, quiero dejar esto pues también aquí como un testimonio y si el Secretario tiene a bien informarles por escrito o verbalmente, que hoy se inició la discusión para que se hagan presentes, mucho lo agradeceríamos, yo ya lo hice por escrito.

Finalmente, pues yo entiendo las expresiones que aquí el Senador Darío Martínez ha hecho con relación a la demanda que cursa en la Corte Constitucional, me parece que mientras no conozcamos un pronunciamiento de parte de esa Alta Corte, lo lógico y yo lo digo por respeto con todo el Congreso, con la Cámara, con nosotros mismos que hemos adelantado este trabajo, es procurar tramitar la expedición de los códigos, si mañana, si el jueves, si el lunes de la semana entrante hay un pronunciamiento de la Corte que le permita al Congreso gozar de un tiempo mayor para la discusión de estos códigos, bienvenida, naturalmente sería extraordinario e ideal.

Pero si eso no es así, pues también sería muy lamentable que después de haber adelantado, por parte del Congreso, un trabajo tan serio y tan extenuante y yo diría que tan cumplido, estos códigos vayan a ser expedidos y por lo menos este mediante decreto, y todo este esfuerzo pues se pierda de alguna manera en desmedro de la imagen del Congreso y de quienes hemos venido actuando frente al tema.

Diría, Senador Martínez, tengamos un poco de paciencia, actuemos, como si no hubiera pronunciamiento, porque es a lo único que podemos atenernos, si la Corte en cualquier momento se pronuncia, atendiendo las pretensiones de la demanda, pues eso probablemente cambie el calendario de trabajo nuestro, pero mientras eso no sea así, no presupongamos que la norma que usted ha señalado se va a caer asumiendo unos riesgos innecesarios desde todo punto de vista.

Yo recomendaría francamente que nos atengamos a lo que hoy esté presente, a lo que existe, y lo que existe es que aún no hay pronunciamiento, y nos apremian los términos para la expedición del código.

Si el día de mañana esa situación cambia, pues la reconocemos y podemos elaborar un calendario distinto. La preocupación como usted lo señalaba no es esta, yo diría que esta comisión tiene el tema maduro y a lo largo de la semana podremos pronunciarnos sobre el código.

Mi preocupación mayor es sobre el tema de Defensoría Pública que hasta ahora viene a consideración de la Comisión Primera. Aún no hay ponencia. Mi preocupación también probablemente esté relacionada con el Código Penitenciario, que aún no ha sido llevado a la Plenaria de la Corporación y le falta todo su trámite en la Cámara de Representantes.

Pero si eso es así, y usted también lo señalaba, pues por lo menos cumplamos expidiendo este Código de Procedimiento que sí es la columna vertebral y la implementación de todo el sistema. Gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Es muy brevemente para agregar a lo que dice el Senador Germán Vargas, hay que tener en cuenta otro mandato constitucional que está en el Acto Legislativo 03, y es que allí decidimos que el sistema comenzara a regir en los distritos judiciales el primero de enero del año 2005, con la gradualidad que la misma ley determine.

De manera que si bien es cierto, puede uno compartir el concepto de la Procuraduría y de pronto eso sale bien en la Corte, en el sentido de que esas

competencias no se pueden transferir así, también lo es que para implementar este sistema y que comience a funcionar, no nos quedan más de seis meses.

El mandato de la Constitución, a mí me parece imperativo y ese es distinto de lo que podría resolver la Corte Constitucional sobre el tema que planteó el Senador Darío Martínez.

Hay otro tema en el que también hemos estado preocupados Senador Darío Martínez, y es que el mismo Acto Legislativo dice que el sistema no puede comenzar a aplicarse si no están garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Ahí hay otro condicionamiento importante que hay que tener en cuenta, pero uno si pues creyese que lo mejor que puede hacer el Congreso no es sentarse a esperar cómo decide la Corte Constitucional, entre otras cosas deberá estar decidiendo después de que se nos venza el término del 20 de junio.

Sin ocuparnos de sacar un código independientemente de lo que diga la Corte, me parece puede resultar mucho mejor en garantías y en protección de derechos, el que por decreto expida el Gobierno con toda la falta de legitimidad que tienen los estatutos expedidos por el ejecutivo en estas materias tan importantes en relación con los derechos, y especialmente con el derecho a la libertad de las personas.

Entonces tampoco es que tengamos mucho tiempo y ahí tenemos otros mandatos constitucionales que debemos tener en cuenta, para pues si, con alguna calma, pero también con suficiente preocupación adentrarnos en la discusión de este Articulado. Muchas gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Andrés González Díaz:

Gracias señor Presidente. Quisiera comenzar por señalar que acompañé la Reforma Constitucional que ha impulsado la modernización y revisión del sistema de investigación penal, desde luego con salvedad en cuanto a las facultades y trámite sui generis que allí se acordó, teniendo la oportunidad incluso de votar negativamente esa disposición, creo que una de las esencias de la Reforma del 91 fue sacar de la órbita de las facultades extraordinarias, la expedición de los códigos, por eso, a diferencia de lo que ocurría antes de esa década de los noventa en que todos estos códigos se expedían por la vía de las facultades extraordinarias, se le devolvió al Congreso esa facultad sustancial y fundamental, que ha sido una de las razones del equilibrio de los poderes. Pero bastante más curioso resultó el mecanismo, cuando si el Congreso no hacía uso de esa facultad propia de su esencia, pues se veía desprovisto de la misma, dentro de un término perentorio que limita totalmente la serenidad y la tranquilidad con que se deben estudiar estos temas, y más aún un código tan importante como este, relativo a la Reforma del Código de Procedimiento Penal.

Entre otras cosas, debe ser la tercera o la cuarta Reforma que ya se hace en el curso de los anteriores diez años, dos de ellos de fondo y dos parciales, lo que suponen precisamente toda la serenidad y detenimiento para que esta Reforma sea de largo alcance.

Debo igualmente precisar que desde sus inicios he sido partícipe del fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación, de su instauración; precisamente quienes participamos en todos los asuntos de desarrollo de la Constitución del 91, prohijamos como una de las puntas de lanza de la gran Reforma a la Justicia y la creación de la Fiscalía General de la Nación como un mecanismo para oponer a la delincuencia organizada, una justicia organizada. Una justicia con músculo en la parte investigativa, con jerarquía, con medios, incluso desde esa. Creo que difícilmente gobierno alguno ha destinado parte tan importante de la Hacienda Pública al tratamiento, a la remuneración de los funcionarios judiciales y en especial a la organización de la Fiscalía, hoy una de las instituciones, quizá la más financiada y con mayor cantidad de medios y de funcionarios dispuestos a esa tarea y a esa labor.

Debo igualmente destacar señor Presidente, y son motivos algunos de ellos de confianza, de tranquilidad, se nota la manera juiciosa cómo los ponentes, cómo el equipo de la comisión respectiva se han encargado del análisis de este código, pero debo al mismo tiempo destacar algunos aspectos que me suscitan especial inquietud y sobre la cual voy a pedir la permanente ilustración de los señores ponentes, del señor Fiscal General de la Nación, ojalá del Gobierno Nacional. Ese es un motivo de intranquilidad por ejemplo, yo no veo cómo un Código de Procedimiento Penal, una Reforma de estas de tal envergadura y tamaño, puede adelantarse sin la presencia del Gobierno Nacional, me parece que aquí es absolutamente indispensable que sepamos qué piensa el Gobierno Nacional, qué opina el Ministerio de Justicia. Gracias señor Presidente, pero no había notado su presencia, pero aun así con toda la admiración personal que me prodiga el señor Viceministro, creo que él y el señor Ministro resultan indispensables en esta Reforma ¿Qué opina el Ministerio Público, el Procurador General de la Nación? seguramente los señores ponentes se habrán reunido con el Procurador, seguramente lo habrán hecho en la comisión primera de la Cámara de Representantes, en su Plenaria, pero a un paso de la envergadura que estamos dando, requiere sin lugar a dudas conocer qué opina el Procurador General de la Nación en esta materia, repito, seguramente son y aquí se han mencionado que han sostenido distintas conversaciones los señores ponentes con el fiscal, con el Procurador, etc.

Pero, repito, más allá de la admiración intelectual y de la tranquilidad que nos prodiga el perfil y el conocimiento de los señores ponentes, para nosotros va ser sumamente útil conocer a cabalidad en forma exhaustiva, precisa, qué opina el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo en este equilibrio de instituciones.

También lo ha referido el Senador Vargas Lleras que le quedan algunas dudas en cuanto a la Defensoría, si al ponente le asisten esas dudas, el resto de los miembros de la Comisión quisiéramos saber cuál ha sido el tratamiento, la evolución que se ha dado frente a esta materia.

Ahora bien, entrando en materia señor Presidente, uno desde luego registra con complacencia que se haya desarrollado con juicio, principios como el de la oralidad, el de la concentración, no me cabe la menor duda que esto va a llevar a una mayor celeridad del proceso penal, que como otros procesos están sumidos en un conjunto de dilaciones, de congestión que nada contribuye a los intereses del Estado y la justicia en general, de manera que todo ese esfuerzo que se ha hecho aquí por mejorar la oralidad, la inmediación, la concentración del proceso, la controversia de las pruebas en una oportunidad pertinente en lo procesal van a ser de singular utilidad, y el país creo que ha ganado madurez en los últimos diez años, desde cuando se viene planteando esta reforma o este ajuste al sistema acusatorio.

Bienvenido también el fortalecimiento que se da a la Fiscalía para entregarse de lleno a esa función de la investigación. Pero señor Presidente, señores Senadores, señora Senadora, caemos aquí sobre el tema esencial de la Reforma y es el principio de oportunidad.

Principio de oportunidad que se discutió y que se aprobó al reformarse la Constitución, principio de oportunidad que va muy de la mano, Senador Rivera, del aumento de penas del Código Penal, principio de oportunidad que hay que cotejar cuidadosamente acerca de la manera cómo se efectúan aquí las rebajas de pena, con las contraprestaciones a la colaboración a la justicia o a las negociaciones o preacuerdos a los cuales se refiere el código.

Yo recuerdo haber insistido un poco ante el señor fiscal en esta materia y me decía cómo el principio de oportunidad se preveía básicamente para la solución de las bagatelas, de los delitos menores, veo que lo que se trae a consideración de este Congreso y de esta comisión es totalmente diferente, y no quiero con ello discutir la pertinencia o la importancia, creo que también el principio de oportunidad debe utilizarse como un instrumento contundente contra la delincuencia organizada, pero allí sí creo que debe reflexionarse cuidadosamente por parte del Congreso de la República y el Gobierno, repito, serán muy valiosas las opiniones del fiscal, si aquí vamos a caer en un mecanismo totalmente discrecional, o en un mecanismo reglado, controlado.

¿Qué es lo que más le conviene al país? Esta es una decisión de política criminal que compromete una decisión de Estado sumamente delicada y sumamente importante, que bien usada debe ser muy importante, pero estando en Colombia donde pesa tanto la condición y la calidad y las virtudes o limitaciones de los seres humanos, cabría preguntarse, ¿cómo habrá de utilizarse ese principio de oportunidad? Será necesaria entonces acompañarlo de controles, de criterios establecidos por el legislador, podrá emplearse el principio de oportunidad frente a todos los delitos, honorables Senadores, frente a los delitos más graves. Frente a delitos de lesa humanidad o atroces, bajo plena discrecionalidad, podrá utilizarse el principio de oportunidad con el mismo alcance frente al conductor del capo, que frente al capo. Podrá utilizarse el principio de oportunidad plenamente cuando la persona simplemente acepta unos cargos, pero no contribuye al principio de verdad, es decir, esclareciendo todos los hechos que rodearon ciertos delitos de especial gravedad en el país.

Honorable Senador Mario Uribe y esto tiene mucho que ver con el Proyecto de ley de Alternatividad, porque es que aquí estamos dejando unos instrumentos que de alguna manera van a hacer muy útiles, muy importantes tanto en los procesos de paz con la guerrilla o con los paramilitares o frente a una política de sometimiento, frente a los narcotraficantes.

De manera tal que este, que es un instrumento importante y yo lo he defendido reiteradamente, por lo menos suscita que le hagamos una reflexión detenida para que el Congreso de la República tome una decisión cuidadosa y a conciencia en esta materia. Y a sabiendas de que el Gobierno Nacional es partícipe de esta política.

Y aquí llegamos a otros temas de singular importancia que ya hemos tratado en esta comisión, ¿quién define la política criminal? ¿Se la vamos a entregar a los jueces? Para que ellos en cada caso frente a circunstancias de especial gravedad en el país asuman esa responsabilidad, o esa responsabilidad la debemos asumir todos, el Estado y especialmente el Gobierno cuando fija una política criminal.

Porque si nosotros dejamos como aquí aparece en el Proyecto, que por colaboración eficaz valorada por la Fiscalía, se puede llegar a la aplicación total del principio de oportunidad. En un momento dado estamos dejando que los jueces en cada caso resuelvan sobre las distintas políticas del Estado, y yo personalmente tengo una inmensa confianza en nuestros jueces, pero creo que cuando hay que resolver temas de política, esa responsabilidad las debe asumir el ejecutivo, en primer lugar, el Presidente de la República, el Ministro de Justicia, a su lado el Fiscal General de la Nación, y luego sí pasar a los Fiscales delegados y a los jueces que no podemos meter en aprietos, cuando dejamos que resuelvan temas de hondo calado como el que aquí se está planteando.

Creo que el proyecto avanza incluso, creo que eso es de la cosecha de los ponentes, avanza de manera importante cuando algo se regula como el tema de la política criminal y se dice en el artículo 337 del Pliego de Modificaciones tal vez que la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado, muy bien. Luego agrega, a estos efectos el Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación, previo concepto del Consejo Nacional de política criminal y penitenciaria, concertarán un plan de política criminal penitenciaria que contribuya al restablecimiento y mantenimiento de la paz social.

Fíjense ustedes cómo vamos avanzando en unas categorías fundamentales de política, ya aquí se habla de la paz social. Porque es que ciertamente es eso, es buscar mecanismos de solución a los conflictos como el de la paz, a través de una forma judicial y yo estoy de acuerdo con eso, me parece que es importante avanzar en ese camino.

Me parece que todos los instrumentos que ayuden a eso son benéficos, son importantes, pero depende de qué uso y a través de qué límites y bajo qué controles se haga uso de esta facultad. Pero miren ustedes que entonces el Consejo de Política Criminal fija, establece un concepto y hablemos de temas como los de la alternatividad u otros, que habrá que concertar la manera como este se va a aplicar, yo me pregunto si esas políticas de Estado hay que someterlas a ese laberinto político judicial, o es el Presidente de la República quien en uso de las facultades de control de orden público, dice: La política por aplicar es esta, llámese ella de sometimiento a la justicia, o llámese política de paz frente a la subversión o frente a los paramilitares.

De manera que yo llamaría la atención señores ponentes para que con todo cuidado nos puedan explicar señor fiscal y señor Viceministro, ¿cuál es el alcance de esto? ¿Cómo va a ser ese mecanismo para que no se caiga mañana en controversias y diferencias de opinión muy delicadas entre el alto poder del Estado?

Entre otras cosas si aquí estuviéramos en un sistema en el cual el fiscal fuera de libre nombramiento y remoción del ejecutivo y no tuviera facultades judiciales como las que dejamos en la Constitución, pues mucho de esto estaría resuelto, pero aquí estamos frente a una serie de órganos del poder público con independencia, con autonomía y puede llevar a graves consecuencias si no se regula con mucha claridad.

He señalado que aquí el principio de oportunidad está abierto, está abierto porque si bien uno mira en el artículo 340 las causales, se encuentra con que está previsto para delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no excedan de seis años y se haya reparado integralmente a la víctima, hasta ahí todo va muy bien.

Dijéramos que hay un receso, hay un equilibrio frente a la gravedad de los delitos que se van a manejar con el principio de oportunidad, pero luego se cae en un sinnúmero de causales como la quinta, en la cual se dice que cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, es decir, que no hay tal de que el principio de oportunidad sea solo para delitos con pena privativa máxima de seis años.

Quiere decir que cualquier otro delito hay colaboración eficaz, cabría el principio de oportunidad y me corregirán los señores ponentes, pero parecería que por lo menos en el proyecto original tal vez de la Fiscalía o del trámite de Cámara, había una distinción de causales, donde permitía diferenciar entre los de procedimiento, otras de contenido.

Si queremos avanzar hacia un principio de oportunidad abierto como el que aquí está (…) preguntarse si esta sí es la vía, el camino de política criminal para derrotar la delincuencia organizada y para aplicar los principios de justicia, pero vuelvo a insistir señores Senadores, están todos los controles que deben existir, no habrá que fijarle unos criterios a quien haga uso de esto, en el pasado han habido criterios de proporcionalidad, aquí se toman algunos, que sea eficaz la colaboración, bueno sería uno, que se evite que continúe el delito y/o se realicen otros, que se aporte información esencial para la desarticulación de bandas, sí, ese es otro criterio importante, razonable, pero entonces viene la pregunta fundamental ¿Y entonces aun en los delitos más graves podrá irse hasta la extinción de la acción penal?

Estamos en presencia de un esquema en el cual daríamos este paso bajo ningún tipo de control, que llegaren los delitos más graves hasta la total extinción de la acción penal. Y yo diría de pronto habrá posibilidades cuando el tesorero de la mafia revela la información suficiente para desarticular esa criminalidad organizada o cuando el asistente del capo revela igualmente esa información, pero será que esto sirve al revés cuando por ejemplo el jefe o el capo de la mafia delata al chofer o a los asistentes, ¿será eso eficaz? O podrá llegarse a la exoneración total de los jefes de la delincuencia organizada, porque fíjense ustedes que en el parágrafo del artículo 340 sí se establece esa limitación, dice que en los casos previstos en los numerales 16 y 17 no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes organizadores o promotores a quienes hayan suministrado elementos para su realización, es decir, sí tiene en cuenta el criterio pero solamente cuando se trata de dos causales del principio de oportunidad y no respecto de la mayoría de los delitos.

Entonces, bueno; sería señores ponentes, a ver qué obedece el alcance de esta reforma de tanta monta y de tanta importancia, ahí hay otras causales en las cuales reposa ese principio de oportunidad, pero por lo pronto para no ir a los detalles que los trataremos durante el curso del articulado, a mí sí me parece que con todo detenimiento, revisemos el alcance de estos aspectos, pese que aquí el principio de proporcionalidad que tanto hemos discutido y tanto ha hecho énfasis la corte constitucional, y la aplicación de la justicia y cómo juega esto con el resto de penas. Sí, yo he observado algunos avances importantes en el proyecto. Le escuchaba al Senador Germán Vargas que cuando él se refería al principio de la sentencia anticipada, que hoy la disminución de pena está prevista en una tercera parte y que se conservaba no aquí el descuento de pena o la rebaja es de la mitad en forma automática si se aceptan los cargos, de manera que no es de la tercera parte, y pasa de la mitad y puede serlo en casos determinados de aplicación de la justicia por conveniencia de la justicia, pero yo me pregunto de nuevo: ¿Será lo más apropiado que sea una rebaja automática? ¿Podrá establecerse una proporcionalidad?

Hay sistemas jurídicos que no hablan de la rebaja de la mitad sino dicen, hasta, hasta la mitad, pero aquí en todos los casos tendríamos que ante la aceptación de cargos, bien la disminución de la mitad y le escuchaba al Senador Rodrigo Rivera, aquí nos trajeron el aumento de penas, en buena hora, del Código Penal, el cual máximo se aumenta, entiendo que en una tercera parte, esto tiene que ser afín con esa reforma que hemos hecho en el código Penal, desde luego, si allí aumentamos penas, aquí tiene que haber facultades de negociación de acuerdos y eso va en un buen sentido en un buen camino para que pueda la fiscalía cumplir su misión, pero yo quedaría mucho más tranquilo, mejor creo que la fiscalía nos puede suministrar mucha información en la materia, que nos muestren cómo queda esa relación de aumento de penas con la rebaja de las penas, que nos explicaran cuidadosamente cómo van a empatar las dos legislaciones.

Porque en un lado estamos aumentando los máximos en una tercera pero por otro lado la rebaja automática, aquí baja cuando la rebaja es de la mitad automática en uno de los casos y en otros pues se va hasta la extinción de la acción penal; de manera que repito va a ser muy útil que nos pueda explicar cuidadosamente, señor fiscal, esos aspectos. No es que aquí se hayan hecho reformas menores con lo de la Cámara, yo escuchaba que aquí se han planteado que nos traen a consideración temas muy menores de reforma y yo lo que veo aquí, es que hay unos cambios sustanciales y fundamentales frente a lo que se aprobó en la reforma.

Habrá que ver también los alcances de los acuerdos de negociación, hay temas curiosos pero que seguramente quedarán resueltos con la explicación que aquí se dé, por ejemplo, en cuanto a los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado y el acusado, donde se establece que en el artículo 365 que los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía, hasta tanto no se reintegre por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido, y esto nos puede llevar un poco a la deformación de las controversias que se suscitaron con ocasión del referendo, a mí juicio bastante infundadas, pero que habría que tenerlas en cuenta aquí, pero entonces preguntaría uno, si la persona resarce el cincuenta por ciento, sí cabe el acuerdo ¿Pero se queda con la mitad? Es decir hay una gabela, hay una patente de corzo para respecto de la mitad, pero yo entendería desde luego que el ánimo y el propósito jamás puede ser ese, de pronto la interpretación pueda ser de la persona de escasos recursos, estaría en imposibilidad de lograr estos beneficios penales.

Pero de todas maneras tal como está presentada la norma a uno le queda la duda de por qué para este debate en el Senado se reduce a la mitad, al cincuenta por ciento, además porque entiendo que esta disposición no venía en la cámara, en lo aprobado en la Cámara de Representantes; de manera que yo pediría cuidadosamente que se analizara esa disposición, veo señor fiscal y señores ponentes que han habido avances importantes en otros temas donde han habido tantas dificultades en el pasado por ejemplo. Creo que avanza ese proyecto para evitar esas discusiones frente a las acumulaciones de rebajas, acumulaciones de rebajas entre la confesión y la aceptación de cargos, porque entiendo que la figura de la confesión desaparecería del cuerpo normativo que aquí se presenta, quizá lo que se plantea es otra figura que se aceptan los cargos frente a una fiscalía mucho más fortalecida para indagar e investigar como me lo han explicado con mucho juicio muchos de los funcionarios de la fiscalía. Una cosa es que la fiscalía con mayores poderes tenga elementos para investigar una persona y se siente a negociar, que lo contrario y creo que eso tiene mucho fundamento y mucha razón, pero cómo se produce toda esta yuxtaposición, toda esta coincidencia, toda esta convergencia de rebajas, también sería un tema que me parece sumamente importante que nos lo expliquen con detenimiento, se puede acumular la primera mitad automática con lo que se sucede con posterioridad.

Se me ha explicado que no, sin embargo a veces las letras de los artículos no las veo tan claras y la experiencia en estas materias lo lleva a pensar que hay que excederse en claridad, para que no vengan las interpretaciones de habilidosos abogados y de personas que son bastante expertas en el uso de estos beneficios, en contravía realmente del espíritu establecido por el legislador, en el tema de los controles hay varias normas, se establece que hay un control judicial y bienvenido, parece absolutamente fundamental pero le quedan a uno algunas dudas sobre la manera como funcionan esos controles, uno puede hacer un acuerdo con el imputado bien sobre la tipicidad del delito y de suyo se producen unos beneficios penales, o bien sobre la pena en sí misma o sobre esa pena y a veces le puede decir no, yo procedo como estado frente a este delito agravado o no agravado frente a este tipo penal y no otro, no cierto, y de allí se deduce una serie de consecuencias jurídicas, pero dice el artículo 343 en cuanto al control judicial, el Juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo dentro de los cinco días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad siempre que con este se extinga la acción final, yo pregunto ¿Y entonces en los demás casos no hay revisión del Juez de Control de Garantías? Casos en que yo llego a un acuerdo en virtud del cual cambió la tipificación de la investigación, o de la investigación que se está adelantando, quedan vivas otras acciones penales, ¿y allí no hay control del Juez de Garantías? Veo también que ese agregado pareciera provenir de la ponencia, no sé si eso es así Senador Héctor Helí Rojas. Con mucho gusto.

Con la venia de la Presidencia y del Orador interpela el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Es para lo siguiente, sus muy válidas inquietudes se pueden resolver en gran parte si uno lee el Acto Legislativo, en el acto legislativo se dijo o dijimos con toda claridad que el principio de oportunidad se puede aplicar para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, de manera que van a haber eventos en los que el principio de oportunidad no implique agotamiento de la acción penal, pero el mismo acto legislativo dice que el principio de oportunidad estará sometido al control de legalidad por parte del Juez que ejerza las funciones de control de garantías, eso está ya dicho en la Constitución, de manera que aquí lo que tratamos es de desarrollar algo que está muy claro en el acto legislativo, y es que siempre el principio de oportunidad va a tener control por parte del Juez de Garantías, efectivamente nosotros para precisar más las cosas dijimos que ese control será obligatorio y automático, no queremos que los fiscales, porque eso no fue lo que acogimos, nosotros no acogimos el sistema anglosajón, con absoluta liberalidad, apliquen el principio de oportunidad, tiene que haber un control del Juez de Garantías, es obligatorio es automático, se realiza en audiencia especial y algo que quisimos introducir doctor Andrés González, es que la inocencia nunca se pueda preacordar ni negociar, no transigir ni nada de eso, esas negociaciones y ese principio de oportunidad jamás podrá involucrar la negociación de la inocencia, a la persona que vaya a hacer un preacuerdo o que vaya a ser objeto de principio de oportunidad, tendrá la fiscalía que mostrarle una prueba mínima de la existencia del hecho y de su autoría, porque no queremos que la gente por temor a la fiscalía, por salir del paso, por miles de razones, vaya y confiese delitos que no ha cometido, delitos que no existen y salga del paso en una negociación que no respetaría la presunción de inocencia, pero le repito, hay que tener muy en cuenta el Acto Legislativo, no quedan dudas de que el principio de oportunidad es reglado y controlado.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Andrés González Díaz:

Señor Presidente, yo he encontrado avances muy significativos en la ponencia en esta parte del principio de inocencia y en la parte de la detención de la captura y en muchas otras normas, pero debo disentir claramente en cuanto al alcance del principio de oportunidad en esta materia. Yo creo que aquí sí estamos muy cerca al esquema anglosajón en cuanto al alcance de la oportunidad, del principio de oportunidad, porque es que estamos facultándolo bajo el requisito de la colaboración eficaz en cabeza de la fiscalía y frente a cualquier delito, de manera Senador Héctor Helí Rojas que ahí sí hay un horizonte totalmente abierto y amplísimo, perdón, si el numeral 5º de manera que yo aquí veo, si bien por un lado se fijan unos límites, por otro se abre una posibilidad enorme, yo no quiero discutir la conveniencia de una facultad de esa bien utilizada, pero lo que debo agregar es que sí son los controles los adecuados y los criterios legislativos los que aquí se están señalando, y cuando usted me señala que la constitución establece la perentoriedad del control judicial, precisamente por eso me parece que el artículo 343 que le pone limitaciones y condicionamientos a ese control, tiene para mí una duda clara de constitucionalidad, ustedes supeditan ese control del juez de garantías al hecho de que se trate de los eventos en los que se extinga la acción penal y no a los que usted ha hecho Referencia de suspensión, y otros que ustedes estiman que no tiene el mismo alcance pero que a mí juicio sí puede tener una importancia suprema en esta materia, cierto, pero desde luego, repito, este es un tema que se trata de debatirlo y de analizarlo con el juicio y con la profundidad que se ha hecho gala en la Fiscalía y en la comisión redactora de los ponentes.

De otro lado preguntaría yo en materia de controles, cuál va a ser el rol del Ministerio Público, quizá no lo he leído con todo el cuidado por lo frondoso y extenso del código, pero no sé si en todos los casos deba participar como uno creería o por lo menos como está en normas anteriores del Ministerio Público en esta materia, entonces quizá ese tema concreto ustedes nos lo podrán responder en su oportunidad, hay otros temas en cuanto al alcance del poder punitivo del Estado, señor fiscal, señores Ponentes, que me gustaría que usted en su oportunidad lo señalaran, cada vez que se trae una norma de éstas al congreso se bajan y se suben las cuantías de los delitos querellables, y de las normas que deben pasar o no en la investigación.

Yo recuerdo que cuando se debatió en la Constituyente este sistema muchos considerábamos que el sistema era para aplicarlo a los grandes

delitos y no a los delitos menores, y creo que muchas veces incurrían injusticias y el desgaste del Estado cuando aplicábamos todo un sistema como el que se pretende, sin discriminación frente a todos los delitos, pero igual simplemente me gustaría que con todo detenimiento se nos explicara qué se pretende con esto, habrán razones seguramente muy importantes, pero si uno toma ejemplos; por ejemplo delitos que requieren querella, tomen el hurto simple, hoy en día está previsto el hurto simple, cuya cuantía no exceda de 10 salarios mínimos, en el código o en la propuesta que se trae se da un salto bastante importante, ustedes me dispensan.

Yo miro el salto que se da, creo que a 1.450 salarios mínimos, entonces lo que yo pregunto es qué tipo de política criminal estamos planteando en esta materia, ustedes tomarán: Hurto simple cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos. Entonces un hurto de semejante cuantía, solo esos hurtos de esa cuantía pasarían a la investigación que aquí se plantea. Estafa cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos, miremos qué dice la estafa en el presente momento, estafa cuya cuantía no exceda de 10 salarios mínimos legales vigentes.

Entonces hay cambios aquí sustanciales que, repito, pueden tener un gran fundamento pero que requieren una explicación clara de la manera como vamos a poner a funcionar este nuevo sistema, ya ustedes quizá, honorable Senadores, podrán revisar la lista de esos delitos y podrán formarse un juicio sobre el particular, no deja igualmente de sorprenderme o de suscitar un análisis cuidadoso señor fiscal, el tema de la posibilidad de la fiscalía para remover el conocimiento de subalternos y quiero reiterar que yo he defendido esta institución porque es parte de la jerarquización de la fiscalía, que ha dado lugar a enormes controversias en el país.

Pero advierto una serie de cambios que ustedes tendrán la oportunidad de explicar bajo la legislación actual eso hay que hacerlo, si no me equivoco o por lo menos en los artículos del actual código de procedimiento bajo decisiones motivadas, etc., y las normas que aquí se plantean, emplean una expresión de total libertad, yo me pregunto, ¿deberá mantenerse esa figura en esos términos? Las experiencias que ha vivido el país en los últimos meses, que habrá que analizar en su detenimiento y sobre esto ni más faltaba no podrían caber generalizaciones de ninguna índole, pero ese énfasis en la facultad de la Fiscalía para asumir los procesos con total libertad y yo soy partidario y entiendo que en casos excepcionales así procede, pero en términos generales deberá mantenerse de esa manera, yo veo aquí alguna de las disposiciones que habría que comparar con las actuales del código, que al menos el código de procedimiento actual exige que haya decisiones motivadas, para saber cuáles son las razones que sustentan el que a un funcionario judicial se le retire un proceso limitando con esto ese principio de oro de la autonomía de independencia a los funcionarios judiciales, pero que en ciertos casos habrá que obrar como es en el caso colombiano donde hemos visto tantas tentaciones y envestidas de delincuencia organizada sobre la justicia.

Pero señores Senadores reflexionemos un poco sobre este tema, a ver si esa no es una de las disposiciones que habrá que mirar en cuanto a su uso razonable, en cuanto a su uso apropiado, habrá la oportunidad también de mirar otras figuras como la de la detención, aquí el Senador Gaviria en pasados debates hizo precisamente una reflexión de cómo está funcionando esa figura de las detenciones en el país, la ponencia trae unas propuestas, pero sería muy oportuno conocer cuál fue la reflexión de los ponentes, de la comisión, del fiscal del gobierno; que a qué conclusiones se llegó en este tema de tanta importancia. Finalmente señor Presidente, para precisar la reflexión anterior, el artículo 116 pareciera aquí en la ponencia, había facultades especiales del fiscal, asumir directamente las investigaciones y Procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en sus investigaciones y procesos, yo no sé si ese "libremente" esté haciendo unos cambios fundamentales, Senador Héctor Helí Rojas en la normatividad actual ¿en dónde se exigen por lo menos decisiones motivadas y qué alcance se le quiere dar a eso? Y, repito, que en la lucha contra la delincuencia organizada a veces eso se requiere porque hay investigaciones que lamentablemente son tocadas por la mafia, por el narcotráfico, y hay que aplicar toda la entereza y la verticalidad de la Fiscalía General de la Nación para enderezar esos procesos, pero esas mismas facultades indebidamente utilizadas han dado lugar a varias reflexiones y críticas serias, en el sistema judicial colombiano que amerita una detenida reflexión, para terminar.

Con la venia de la Presidencia y del Orador interpela el honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Mire que lo del 116, es lo mismo que dice el acto legislativo en el artículo 3º dice que corresponde a, o que son funciones del fiscal tercero, asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores de las investigaciones y procesos, realmente no se hace mayor cosa que repetir lo del Acto Legislativo.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Andrés González Díaz:

Sí, desde luego que así se ha previsto en el acto legislativo, pero la filosofía del acto legislativo es que el código de procedimiento penal reglamente y regule los usos razonables de todas esas facultades, a tal punto que el actual código de procedimiento por lo menos exige, pero ya ustedes me corregirían por favor, exige, es una decisión libre pero con decisiones motivadas, porque en los estados de derecho bien sabe usted que no hay actos discrecionales y absolutos, que siempre se exigen motivos, razones y cuando el código de procedimiento penal exige, hay una decisión motivada y en este código se prescinde de ella, me asalta esa inquietud, a sabiendas y estando de acuerdo con usted que ese acto legislativo habla de esa facultad libre, de todas maneras es una libertad entendida dentro del espíritu de la Constitución.

Finalmente señor Presidente, la verdad también me suscita inquietudes, por lo menos va a ser muy útil, dada la dedicación y el cuidado de los señores ponentes y de la Fiscalía, lo relativo a la prescripción en aras de la descongestión, depuración y liquidación de procesos y sobre todo esa expresión de liquidación de procesos que ustedes tanto han criticado aquí bajo otros proyectos, yo me sorprendo que el Senador Héctor Helí Rojas no haya hecho alusión a estas expresiones de la liquidación de los procesos, y de pronto sí se trata de liquidación de procesos, Senador Héctor Helí Rojas, es evidente que esta reforma tiene que servir para resolver y enfrentar el tema de la congestión judicial en lo penal; pero es que en lo penal sí es que debemos que tener cuidado porque así figure un millón de procesos o más en las estadísticas, eso es menos grave que de pronto uno de esos procesos sea delicado y pase a la impunidad so pretexto de las herramientas de la descongestión, entonces si bien aquí se toman dos predicciones muy importantes y es que se excluya, pareciera ser esto de la cosecha de los ponentes y yo lo alabo y lo subrayo "se excluya los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados" si lo es así, porque me parecía bien grave que de la cámara viniera esto, si esa previsión y no sé si en el proyecto original, pero a buena hora ustedes establecen esa limitación en cuanto a los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, y además los de concusión, cohecho, contratos, incumplimiento de requisitos legales, homicidios agravados y conexos.

Le quedan a uno dudas sobre otro tipo de delitos, pero en todo caso palabras más palabras menos, aquí lo que se establece es que trascurridos cuatro años desde la comisión de la conducta, se aplica la prescripción; qué estamos haciendo aquí, cuál es el alcance de esto, a mí sí me gustaría que con todo el cuidado el Gobierno Nacional y la Fiscalía nos explique el alcance de estas medidas, repito, no me cabe duda el juicio y la dedicación con que han abordado este tema, pero le quedan a uno esas inquietudes de cómo se compara esto con los términos actuales de prescripción, qué delitos estaríamos dejando por fuera, y se establece otra previsión también muy sana, las actuaciones en las que se hubiere emitido resolución de cierre de investigación.

Sana previsión también de los ponentes, entiendo, y seguramente de la Fiscalía frente a lo que venía de cámara, pero bien delicado que ustedes no hubieran advertido, como a buena hora lo hicieron, este tipo de previsiones, porque no me cabe la menor duda que todas estas normas por su complejidad y por lo delicado de las mismas, puede generar problemas en la transición, queda por último señor Presidente también alguna inquietud, Senador Héctor Helí Rojas, en cuanto ya a la parte administrativa de la Fiscalía, es la norma de los ajustes en plantas de personal en la Fiscalía, en la Rama Judicial, en la Defensoría del Pueblo, en las entidades que cumplen funciones de Policía Judicial, esta norma pareciera que no entrara en modificaciones, pero siempre le queda a uno sonando, la afinidad que ustedes pretendían entre el sistema acusatorio y este tipo de reformas y disposiciones, pero aquí si bien se garantiza la presencia de los servidores

públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema, dice que en particular el traslado de cargos entre la Fiscalía y la rama judicial y que al efecto el Consejo Superior de la Judicatura podrá trasformar juzgados penales y promiscuos, cosa que es propia de las funciones de esta entidad, pero señala dentro de un término de dos años que los nombramientos serán con servidores de carrera judicial o que estén en provisionalidad que se encuentren en registro de elegibles o por concurso abierto, es decir, todo y nada, muy importante el concurso para quienes siempre hemos sostenido la trascendencia del concurso tanto en la rama ejecutiva como en la rama judicial, y más especialmente en la rama judicial, pero aquí vuelve y se deja abierto el boquete porque se puede acudir a la provisionalidad, al registro de elegibles, etc. Entonces no aplicamos...

Una sentencia anticipada señor Presidente, entonces sobre este tema yo sí diría también bueno, sería que nos dieran una información sobre este aspecto, porque es que ese mismo concepto de la posibilidad de asumir los procesos sumados a los nombramientos de lista de elegibles de provisionalidad, no pareciera lo más adecuado para la sana administración y no me refiero a la coyuntura actual, no, me refiero a la Fiscalía actual, me parece que son normas que para todas las Fiscalías en general requieren unas normas que aseguren una autonomía y un cuidado supremo por parte de los funcionarios judiciales, señores ponentes, desde luego estas normas ¿serán favorables? Yo creo que van a contribuir a la mejora de la administración de justicia en la medida en que hagamos un gran esfuerzo para modificar la cultura judicial, nada de esto podrá avanzar si no hay un esfuerzo enorme de capacitación de las personas, un esfuerzo enorme de cambio de la cultura de nuestros abogados, de nuestros funcionarios, sé que en eso está trabajando la Fiscalía y el Ministerio de Justicia, pero vale la pena precisarlo al final de esta reflexión. Muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Mauricio Pimiento Barrera:

Presidente, brevemente para preguntarle a los ponentes acerca de una reforma que están introduciendo en la Constitución, ignora si venía en el proyecto original, y que tiene que ver con el carácter de la Fiscalía General de la Nación donde prácticamente están reduciendo en el artículo 31 a administrador solamente determinadas funciones judiciales, que puede corresponder a lo que se resume dentro del Acto Legislativo número 03 de 2002, pero que no corresponde a la letra de la Constitución Política de Colombia cuando lo determina como uno de los órganos que administra justicia.

Y en este caso en el artículo 31, que se refiere a los órganos de la jurisdicción están equiparando con el Congreso de la República, cosa que no hizo la misma Constitución sino que lo determinó como uno de los órganos que administra justicia de acuerdo con la Constitución; entonces quería preguntarles a los señores ponentes, si es que están considerando lo que se hizo en el acto legislativo, y quedó como cláusula constitucional en el sentido de que la Fiscalía General de la Nación administra justicia, no procede, y que lo que más bien resulta conducente es determinar cómo se hace con el Congreso de la República como un órgano que ejercerá determinadas funciones judiciales a despecho de lo que se consagró en la Constitución Política, reformada mediante Legislativo 03 del 2002 en su artículo 116 de la Constitución Política, entonces yo sí les solicitaría a los señores ponentes o si la iniciativa procede de la Fiscalía se nos indique, porque a mí juicio lo que resulta conveniente es que se le conserve a la Fiscalía General de la Nación de manera autónoma su condición de órgano administrador de justicia, así sea pocas las funciones que se les reserven, yo sí quisiera señor fiscal, porque creo que lo que debemos es guardar la coherencia entre la Constitución y la ley que se discute, y en ese caso la Constitución privilegia, por supuesto prevalece sobre la propuesta que estamos discutiendo en el artículo 31, contrario a lo que se establece en el 116 de la Constitución Política.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Rodrigo Rivera Salazar:

Gracias Presidente, quiero plantear algunas preguntas, más bien o algunas inquietudes sobre el proyecto que se ha sometido a consideración en esta comisión. Lo primero, me parece que es importante no pasar tan rápidamente sobre el criterio que adoptaron los ponentes al asumir la tarea de rendirle ponencia favorable a este proyecto del código de procedimiento penal, y que como resulta evidente, es distinto al criterio que adoptamos para expedir penal y el código penitenciario, yo recuerdo que en aquellas ocasiones adoptamos un criterio restrictivo para establecer si bien la pretensión inicial de los proyectos originales que era la de modificar todo el código penal y toda la legislación penitenciaria, creo que con buen juicio en esta comisión se adoptó el criterio de que se excluyeran de esos articulados todos los artículos que nada tenían que ver con la implantación del sistema acusatorio, a mí me gustaría en esta materia escuchar también el criterio del Senador Carlos Gaviria, porque con él hemos compartido identidades en esta materia y parece razonable que los ponentes nos digan como lo han dicho en privado, que tratándose del código de procedimiento penal, es muy difícil peluquear el proyecto de código y que todas las normas están fusionadas unas con otras, pero cuando uno empieza a advertir exposiciones tan sensatas como las que acabamos de escucharle al Senador Andrés González, puede fácilmente inferir que en la mitad de la exposición tiene que ver con temas que directamente están relacionados con la implantación del sistema acusatorio, y por lo tanto es absolutamente necesario que se traten en este proyecto.

La otra mitad, son temas que no tienen una relación directa con ese propósito de implantar el sistema acusatorio, y por el contrario congestionan el trámite legislativo y nos traen a esta comisión y a la plenaria del Senado, la posibilidad de repensar toda la Legislación Procesal Penal, como si estuviéramos en el primer día de la creación, con todas las consecuencias que tiene esa determinación, la primera es que el trabajo es mucho más complejo, aquí tenemos un proyecto de 550 artículos, y no un proyecto de 400 ni de 200 ó 100. Recuerdo que el código de procedimiento penal tenía 70 u 80 artículos y quedó en 18 y el del código penitenciario también tenía más de 100 artículos y quedó en 10 ó 15 artículos.

Aquí sí se adaptará el criterio restrictivo que hemos adoptado en el pasado, creo que avanzaríamos sustancialmente en quitarle muchos temas polémicos contenciosos que son oportunidades para micos o para decisiones que no tienen necesariamente que ver con la implantación del sistema acusatorio, yo no estoy del todo convencido de que en este caso del Código de Procedimiento Penal, no sea posible aplicar el mismo criterio restrictivo que aplicamos en los otros códigos, yo creo que sí es posible aplicarlo pero quisiera que sobre la materia los ponentes y el señor fiscal nos dieran razones mucho más convincentes, entre otras quiero mencionar dos así a ojo de buen cubero, dos instituciones que no necesariamente tienen que ver con la implantación del sistema acusatorio, y que brincan y que saltan cuando se discute este proyecto con la pretensión de reformar toda la Legislación Procesal penal.

La primera, el tema de la extradición, entonces ahora nos dicen que podemos estar tranquilos porque el tema de la extradición no se toca, no se toca, es que no se modifica, pero se incluye, o sea que puede ser tocado de hecho en la cámara buena parte de las discusiones en la comisión primera de la cámara, y en la plenaria de la cámara se debieron a que pretendieron modificar la institución de la extradición y su tramitación en la Corte Suprema de Justicia, yo creo que sí es necesario que nos expongamos a ese riesgo, me parece que es mucho más saludable que si en el caso del código penal y en el caso de la legislación penitenciaria hicimos el esfuerzo como se dice popularmente, de peluquear los códigos o el proyecto para quitarle los temas que no tenían nada que ver aquí, hiciéramos lo propio y no simplemente nos digan que en el caso de la extradición se traen las normas como están actualmente vigentes, sin ninguna modificación, porque el solo hecho de que se traigan a consideración de esta comisión y de la plenaria del Senado, indica el riesgo a que alguien la modifique y, repito, no es solamente un criterio de conveniencia es un criterio de constitucionalidad.

Si aquí llega a ser cierto, Senador Darío Martínez, que la Corte Constitucional llegare a tumbar esa facultad exorbitante, extravagante, que le dimos al ejecutivo para dictar los códigos, pues todos los relatos de conciencia quedan salvaguardados, pero si eso no es cierto y en una decisión que puede ser dividida, la Corte Constitucional resuelve darle su bendición a esa institución, pues aquí quedaremos en el peor de los mundos en el caso de que el Congreso no dicte este código, y es que el Presidente de la República podría modificar mediante un decreto investido de estas facultades todo el código procesal penal, incluida por ejemplo la institución de la extradición que no tiene nada que ver con la implantación del sistema acusatorio, entonces yo insisto que en esta materia valdría la pena ser mucho más coherentes y mucho más restrictivos por lo coherentes. Un

segundo ejemplo, aquí yo no he tenido la oportunidad, yo no he tenido la posibilidad de hacer el examen artículo por artículo que por lo visto practicó nuestro colega el Senador Andrés González, entre otras cosas, porque uno conoce el proyecto inicial y hasta el que se alcanzó a discutir en la Cámara, pero es que entre la Cámara y la comisión le metieron temas distintos y hubo modificaciones, y luego el que salió en la Cámara, pero es que entre lo que salió en la Cámara y lo que presentan los ponentes para primer debate en esta comisión, hay modificaciones como lo advertía el Senador Andrés Gonzáles, o sea en este tema la más elemental prudencia obliga a actuar con pies de plomo con una cautela extrema, por ejemplo ya hablé del tema de la extradición que no sufre modificaciones hasta ahora, podría sufrirlas en esta comisión o en la plenaria del Senado, pero hablemos de la institución del *in dubio pro reo*, esa institución está contenida en el artículo séptimo y en ese artículo séptimo se dice, la duda razonable que se presente se resolverá a favor del procesado.

Y uno mira el artículo actualmente vigente en el código de procedimiento penal y habla de que la duda se resuelve a favor del procesado, no le meten el término razonable, yo quiero que me expliquen por lo menos esa modificación, a mi juicio no es necesaria esta modificación en el código procesal penal, alterar el principio del *in dubio pro reo* ni traer el artículo a colación, porque igual en el sistema inquisitivo en el sistema mixto en el sistema acusatorio del *in dubio pro reo* es un principio de raigambre prácticamente constitucional y no tiene por qué ser modificado, pero la pretensión de buena intención de meter en este proyecto todo el universo de la Legislación Procesal Penal se presta para esas cosas, ya nos metieron la palabra razonable en el *in dubio pro reo* o sea, ya no basta que haya cualquier duda que mirado desde otra óptica, lo que implica es que la exigencia de la plena prueba para inferir responsabilidad penal, ya no se exige, si no que se admite que alguien pueda ser condenado por una duda, siempre y cuando a juicio del operador de justicia esa duda sea de las que no resisten el análisis del artículo séptimo, la duda razonable se resuelve a favor del procesado de modo que si el operador de justicia cree que hay duda pero cree que no es razonable, le agrega esa calificación, entonces no está obligado a absolverla a favor del procesado, sino que puede condenar con una duda que a su juicio no sea razonable, yo quiero que me expliquen esa institución y por ese camino uno podría encontrar los efectos y las consecuencias a las que se expone el Congreso cuando en materia del cambio a la Legislación Procesal Penal, se adopta un criterio amplio, un criterio sin restricciones, diferente al que adoptamos cuando modificábamos el Código Penal o la Legislación Penitenciaria, me parecen que ese tema es bueno que lo abordemos y no siento que haya en el ambiente la predisposición de que aprobemos hoy todo el código con todos sus artículos, porque hay temas muy contenciosos que se han puesto sobre la mesa, y si eso es así, si por lo menos nos ocupáramos entre hoy y mañana de este código, por lo menos, siendo muy optimistas, yo sí pediría que se valore como se hizo en el caso del la legislación penitenciaria se valore por los Ponentes y la Fiscalía, la conveniencia de hacerle hoy un análisis de cuatro o cinco horas, los ponentes y el fiscal, para tratar de excluir del articulado los temas que no tengan nada que ver directamente con la implantación del sistema acusatorio.

Aquí se plantean otros temas que también creo que merecen una respuesta, una aclaración; el Senador Vargas Lleras como ponente hablaba de la prescripción generalizada para efectos de conseguir la descongestión de los despachos de la Fiscalía, y hacía la salvedad de que algunos delitos no se sometían a esa prescripción acelerada, acaba de referirse al tema el Senador Andrés González. Yo quiero que sobre el particular los ponentes y el fiscal nos justifiquen, nos analicen el tema, ya lo ha pedido el Senador Andrés González pero que lo hagan a la luz también no solamente de la conveniencia que ha planteado el Senador González, sino igualmente a la luz de la constitucionalidad, tengo la impresión de que una norma de esta naturaleza puede sufrir contratiempos en la corte, y no contratiempos para declarar inexequible toda la norma sino para declarar inexequible la parte de la norma que restringe o que excluye de su aplicación las conductas sometidas a la competencia de jueces especializados, con el principio de la igualdad.

La Corte puede dejar vivo el beneficio y puede matar la exclusión que con un sano criterio de buena intención de no amparar con un manto de impunidad, conductas que merecen un reproche muy grande por parte de la sociedad, se plantean en esta ley, entonces tengo la impresión de que ese riesgo de constitucionalidad en la aplicación del principio de igualdad nos traería también al peor de los mundos, a que una norma que desde el legislativo se anticipa sería inconveniente aplicar a toda suerte de delitos, termina aplicada a toda suerte de delitos con la simple aplicación del principio de igualdad, yo quiero igualmente señor fiscal y señores ponentes que nos expliquen este proyecto en la última versión, la versión que se rinde como ponencia para consideración de esta comisión desde el punto de vista de dos Legislaciones que tienen relación con este proyecto, y que me parece que es indispensable para la claridad de la opinión pública y para los miembros del Congreso alinderar perfectamente, la primera es la legislación antiterrorista. Acabamos de aplicar un acto legislativo contra el terrorismo y acabamos de aprobar en el Senado la norma legal o el proyecto de ley que desarrolla el estatuto antiterrorista, yo quiero que los ponentes nos regalen unas consideraciones sobre los linderos entre esta normatividad general que es la continuidad del Código de Procedimiento Penal y la que acabamos de aprobar en el estatuto antiterrorista.

Entre otras razones Senador Héctor Helí Rojas, para que tengamos la tranquilidad de quienes votamos en contra del estatuto antiterrorista, entre ellos Su Señoría, en el sentido de que en esta institución sí se están guardando las cautelas, las garantías, los estándares internacionales, que justamente por echarlos de menos en la legislación antiterrorista motivaron que muchos de nosotros no acompañáramos esa legislación, pero la segunda institución con la que creo que debe compararse este proyecto de código que es el proyecto de alternatividad penal, la presentación la intervención del Senador Andrés González, a mí me dejó muchas preocupaciones, por momentos escuchando al Senador González creí estar en el debate no del proyecto de código de procedimiento penal, sino del proyecto de alternatividad penal; los alcances de ciertas instituciones, particularmente las consideraciones que ha hecho el Senador González sobre el tema de principios de oportunidad, me parecen totalmente razonables, nosotros aprobamos el principio de oportunidad Senador Rojas, lo aprobamos como constituyentes. Yo participé en esa decisión, estoy de acuerdo con que ese instrumento esté al alcance de la Fiscalía dentro de la implantación del sistema acusatorio, pero creo que una cosa es aplicar el principio de oportunidad con la inspiración de que se trata de una herramienta propia del sistema acusatorio y otra cosa es meter por la puerta de atrás debido a la laxitud de la forma como se ha planteado el principio de oportunidad, meternos todo el debate de la ley de alternatividad penal, o meternos la posibilidad de que un instrumento de esa naturaleza pueda ser aplicado de tal manera indiscriminada, sin reglamentación, sin individualización, sin condiciones; de tal manera discrecional, que por esa puerta de atrás nos puedan meter toda la discusión sobre la ley de alternatividad penal y el tratamiento a algunos actores del conflicto o algunas modalidades de delincuencia, me parece que ese tema es absolutamente necesario que quede claro señor presidente y honorables Senadores.

Cuáles son los linderos entre la política en materia de persecución del delito que está implícita en un sistema como el acusatorio que compartimos, me parece que ese es un tema garantista, y los claros linderos frente a una política de inspiración no judicial, sino de inspiración política como es la contenida en el proyecto de alternatividad penal, entre otras razones también he escuchado al Senador Andrés González cuando él habla de que uno de los criterios para aplicar el principio de oportunidad es la búsqueda de la paz social, empiezo a sentir pasos de animal grande, creo que en este Congreso tendremos que discutir más temprano que tarde Senador Rojas ¿cuál es el tratamiento que le vamos a dar a la guerrilla, a las autodefensas, cuál es el tratamiento que le vamos a dar a la conducta del alzamiento armado y de la autodefensa frente a este alzamiento armado. Cuál es el tratamiento que le vamos a dar a los delitos atroces, a los delitos de lesa humanidad, aunque sean conexos con el alzamiento armado y con la conducta de autodefensas y ¿cuál? es el tratamiento que le vamos a dar al narcotráfico, como una conducta accesoria consecuencial adjetiva inherente propia de alzamiento armado y de su actividad de autodefensa o ¿cómo? Una conducta principal que tiene accesoriamente la formación de ejércitos irregulares, ejércitos ilegales para ampararla y que puede terminar encubierta bajo la máscara, bajo la apariencia de alzamiento armado en la guerrilla, o de autodefensas en los grupos que les han respondido a las fuerzas guerrilleras, algún día tendremos que ocuparnos del tema, más temprano que tarde tendremos que ocuparnos del tema, pero esa es una discusión de política de Estado, es una discusión donde están explícitos los conceptos clásicos del indulto, los conceptos clásicos de la amnistía y en algunas

conductas como se ha discutido fuera del Congreso, y aquí no se ha traído el proyecto los conceptos de proceso de sometimiento a la justicia cuando se deslindan las motivaciones políticas para darle tratamiento a conductas distintas con respuestas distintas.

Pero lo que no puede suceder es que una aprobación apurada contrarreloj de unas normas que tienen una sana inspiración, termine convirtiéndose como en la puerta de atrás a través de la cual se nos meta inopinadamente, inadvertidamente elementos mucho más audaces que los mismos que han venido manifestándose como contenido del proyecto de alternatividad penal, creo que la presentación del Senador González y estas mismas inquietudes en torno al principio de oportunidad merecen una respuesta en la Fiscalía y de los ponentes, y merece que miremos el tema de la manera más desprevenida posible si es que se va a aplicar este principio a toda clase de delitos, o si es posible hacer alguna diferenciación, cómo hacer para que la aplicación de ese principio mantenga el propósito de política criminal, de que sea definida delito por delito y sea definida en función de la motivación que tiene en el sistema acusatorio, y es la de facilitar la operación del sistema judicial de la operación de delitos, cuando la Fiscalía tiene suficiente acervo probatorio, cuando hay confesiones de por medio, ¿puede aplicar el principio de oportunidad?

En fin, yo creo que aquí hay que hacer un alinderamiento importante lo ha planteado el Senador González, hay que mirar con lupa esas causales y ser supremamente cautelosos en la aplicación de ese principio, en el artículo sexto del proyecto se habla sobre el principio de favorabilidad y con buen criterio se incluye un inciso final, en el cual se dice que las disposiciones de este código solo se aplican a las investigaciones y juzgamiento de los delitos ocurridos con posterioridad a su vigencia.

Yo creo que valdría la pena también que hubiera una especie de paralelo entre la legislación que estamos discutiendo acá y la legislación actualmente vigente, para poder calificar en qué casos se podría aplicar el principio de favorabilidad, porque a pesar de esa previsión que se trae a colación en el proyecto del Código de Procedimiento Penal, el principio de favorabilidad es de raigambre constitucional, y no solamente aplicable a la legislación sustantiva sino también a la Legislación Procesal que tiene efectos sustanciales, entonces me parece que valdría la pena por lo menos que sepamos qué estamos votando en cuanto a qué clase de instituciones podría predicarse cierta favorabilidad, porque los abogados de esos investigados van a pedir que aprobadas esas instituciones en este código de procedimiento penal se aplique el principio de favorabilidad, aunque implícitamente lo excluya el artículo sexto del proyecto, porque, repito, es de raigambre constitucional que estemos advertidos por lo menos de qué clase de efectos puede tener la aplicación de esas consecuencias previsibles en la aprobación de ese código, e igualmente podría decir cosa similar en cuanto a lo que también ha resaltado el Senador Andrés González en relación con la concesión automática de beneficios no consagrados, como una especie de facultad de la Fiscalía para negociar esos beneficios, sino como una garantía o un derecho que se reconoce y que se debe aplicar a favor de los sindicados, dados ciertos supuestos a los cuales alude el proyecto de código.

El Senador González hablaba de la aceptación de cargos y el efecto de un beneficio automático rebajas en la mitad de la pena; pues bien, a mi juicio es mucho más vinculado con la naturaleza del sistema acusatorio que esas posibilidades existan pero como facultad, que como rebajas automáticas, y además creo que consagrarlas de manera automática no consulta las diferencias que hay caso por caso en cuanto a la solidez probatoria que haya logrado acopiar la Fiscalía, sí hay mayor solidez probatoria seguramente el aporte a la justicia de aceptar los cargos es menos valorado, pero si hay menor solidez probatoria y si hay alto riesgo de que con ese acervo probatorio pueda haber dificultades para conseguir una condena ante la autoridad judicial, es seguramente más valorable y por lo tanto objeto de un beneficio mayor el hecho de que se acepten los cargos, e igualmente creo que no consulta los efectos en la favorabilidad que tendría la aplicación de este instituto si se compara con la legislación actualmente vigente donde esos beneficios automáticos han sido reiteradamente combatidos por parte de los mismos legisladores, en fin señor Presidente son estas observaciones las que quería plantear me parece que es de elemental responsabilidad de que antes de que votemos la proposición con que termina el informe de los ponentes, escuchemos muy detenidamente y muy a fondo al señor fiscal y a los ponentes sobre estas materias que hemos planteado varios Senadores, y que de esa manera suficientemente advertida podamos tomar una decisión en la comisión.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Sí, honorable Senador, quisiera señalarle que no se va a votar la proposición con que termina el informe por el artículo 156 del reglamento, entonces estamos en el debate general, una vez se termine el debate general entraríamos, pero por supuesto dentro del debate general deben ser aclaradas las inquietudes que se han planteado o en el transcurso de la discusión y votación del articulado.

Siendo las 2:55 p.m., la Presidencia pregunta a los miembros de la Comisión si se declaran en sesión permanente y esta responde afirmativamente por unanimidad.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Héctor Helí Rojas Jiménez:

Señor presidente, es un minuto nada más para que pueda intervenir el señor fiscal, yo le diría al Senador Rivera que muchas de las objeciones las estudiaremos en el momento de discutir el articulado, además le cuento que usted y el Senador González me acaban de convencer por lo menos de tres de las que ha planteado, me parece que aportarían mucho al proyecto, pero Senador Rivera, yo creo que usted utiliza una frase muy descriptiva y dice es como si estuviésemos en el primer día de la creación, pues sabe que yo la voy a acoger y la voy a incluir en la ponencia para segundo debate; estamos en el primer día de la creación de un sistema mixto con tendencia acusatoria, no hay nada qué hacer, este es otro sistema donde lo que importa no es la eficiencia, sino la imparcialidad.

Entonces si eso ya es así aquí, no nos sirve el principio de la inmediación por ejemplo, no nos sirve, hay que cambiar lo del código, el de la investigación integral tampoco nos sirve, el mismo *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia (...) procedimiento y que seguirán rigiendo para los hechos cometidos antes de la vigencia de estas normas, entonces si realmente es como el primer día de la creación y por eso se justifica hacer todo un nuevo código, que será el que quede de aquí al 2008 cuando se extinga el actual, el actual sigue funcionando con sus principios dentro de la misma Constitución, vamos a tener prácticamente dos códigos, pero tenemos dos sistemas, entonces no tenemos dos esquemas procesales, ni tenemos dos modelos de proceso; tenemos los dos sistemas que la humanidad ha encontrado como opuestos, el inquisitivo y el acusatorio, eso sí es lo más opuesto que usted puede imaginarse, entonces no se puede imaginar uno un sistema acusatorio sin oralidad por ejemplo, y tampoco se puede imaginar un sistema inquisitivo con oralidad.

Por eso es que toca cambiar todos, todos los principios, y vale la pena hacer un nuevo código, yo quería hacer esa precisión como para justificar el porqué pensamos que aquí a diferencia del Código Penal y del penitenciario es necesario dotar de un nuevo código a ese sistema.

Pero usted y yo que nos andamos identificando tanto en algunas cosas, últimamente le diríamos que este código tal como va es más consecuente con el bloque de inconstitucionalidad, esta normatividad y esta repetición de los principios y reorientación de los principios es lo que nos va a permitir decir que en Colombia bueno, si hay un Estatuto Antiterrorista y de pronto habrá una ley de alternatividad y quién sabe qué más cosas se les irán ocurriendo, pero habrá un código que no solo respeta la Constitución sino que está iluminado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que pues eso sí me parece un patrimonio muy grande para preservar entre nosotros, y este código me gusta en gran parte por eso.

Lo del resto del articulado lo discutiremos, si quiere en capítulo por capítulo, artículo por artículo y nos iremos poniendo de acuerdo, pero la verdad es que aquí ha sido hecho de muy buena fe, yo le digo a usted una cosa y el fiscal que va ha intervenir que nos diga, "si lo de la extradición eso si no necesita cambios de principios", eso está en la Constitución y está en el actual código, la oralidad no, por ejemplo, pero la extradición sí. Pues si quiere sacamos ese capítulo de la colaboración integral al cual yo no, ni me referí en la presentación de la Ponencia, porque es la Fiscalía la que viene patrocinando que ese capítulo esté ahí. Yo no sé si sacándolo de ahí hacia el futuro quedemos sin extradición, pienso que no, pienso que no es indispensable que esté ahí.

Eso le puede dar más integralidad a este código, pero por ejemplo yo en eso no pelearía con Su Señoría intelectualmente para defender que esté aquí o no esté ese capítulo. Yo no quiero prolongarme más porque duramos casi una hora hablando del porqué es necesario un nuevo código y de cómo

cambiarían los principios en el nuevo sistema, que si realmente es como el primer día de la creación en esta materia de un diseño de… un diseño mixto, pero con profunda tendencia acusatoria. Gracias señor Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Carlos Gaviria Díaz:

Lamento mucho que sea contra su voluntad señor Presidente. Voy a decir dos cosas muy elementales, en primer lugar porque fui interpelado por el Senador Rivera, y yo quiero decirle al Senador Rivera que en este caso yo sí soy partidario de que se expida un nuevo código.

Me parece que tratándose del Código Penal y del Código Penitenciario había temas tangenciales con el sistema acusatorio mixto y que por tanto lo excepcional eran esos temas, en cambio me parece que a propósito del Código de Procedimiento Penal lo excepcional es que haya materias que no se relacionen con el nuevo sistema.

Me parece que lo que se impone es darle una mirada a la Legislación Procesal con una nueva perspectiva, y por tanto con la intención de expedir un nuevo código bajo esa nueva perspectiva. Algo más, pienso que aquí no debía haber temas tabú, infortunadamente en Colombia hay temas Tabú, yo pienso que deberíamos aprovechar esta circunstancia para tratar temas del Código de Procedimiento Penal aun cuando no se relacionaran directamente con el sistema acusatorio.

De hecho algunos no se relacionan, pero yo por ejemplo no entiendo por qué el tema de la extradición es un tabú. Yo personalmente considero que la manera como la extradición se práctica en Colombia es indebida, que la manera como se práctica es declinando el Estado Colombiano su potestad de administrar justicia y declinándola en beneficio de otro Estado.

Pero ese no es un tema de fondo para tratarlo ya. Lo que el Senador Rivera ha hecho, pues me parece muy importante, pero lo que ha hecho es anticipar una serie de temas de discusión que lo van a ser, todos esos temas van a ser discutidos, porque yo sí estoy de acuerdo en que tenemos un poco más de tiempo del que nos habíamos fijado.

Y ya el señor Presidente mismo había dicho que esto no lo vamos a votar hoy, y posiblemente tampoco mañana, ni pasado mañana porque esa es una materia importante. Y a pesar de que las decisiones de los altos tribunales o las decisiones judiciales en general, no son anticipables con un grado de certeza, yo sí creo que son anticipables con un alto grado de probabilidad, y por tanto yo tengo esa altísima probabilidad de que la Corte Constitucional va a declarar inexequible esa norma que implica la transferencia de facultades legislativas al Presidente y el cálculo lo hago sobre una base elemental.

Es que nosotros no vamos a tener que convencer a la Corte con nuevos argumentos. A la Corte lo que le estamos es, o lo que se le está es aduciendo argumentos *ad nominem*, fue que la Corte ya lo dijo, y lo que se está insistiendo es en lo que la Corte dijo.

De manera que yo sí creo que es compatible la expedición de un nuevo código con un poco más de tiempo para pensar una materia tan importante como esta, bajo una nueva perspectiva. Gracias Presidente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Oswaldo Darío Martínez Betancourt:

Señor Presidente. Es que yo tengo una Proposición muy sencilla y como va a hablar el señor fiscal, yo sí quiero aprovechar la oportunidad para que él me conteste dos preguntas. Dice: Proposición: Invítese al señor Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y al señor Procurador de la Nación, para que expresen su opinión sobre el proyecto de Código Penal que se debate en la Comisión Primera del Senado.

Y las dos preguntas, o tres preguntas señor Fiscal son muy sencillas. Aceptando la tesis, yo no sé si allí hemos arriado banderas, pero sí ya la decisión de la Cámara, y de la Fiscalía y de la Comisión Primera del Senado es abarcar todos los temas de procedimiento penal, porqué su unidad, la parte integral del propio código aluden directamente al sistema acusatorio y no hay temas que no tengan relación de causalidad con el sistema acusatorio, yo también tengo allí mis dudas, pero de todas maneras si esa es la nueva doctrina, yo me hago una pregunta o le hago una pregunta señor fiscal.

En el Código de Procedimiento Penal vigente existe un libro, o un capítulo, o un título sobre los procesos especiales que hace el Congreso, procesos especiales, judiciales del Congreso, yo no veo aquí en el nuevo Código de Procedimiento Penal ese libro sobre los juicios especiales del Congreso.

Me van a decir que se lo sustrajo porque eso es materia de la ley orgánica, de la Ley 5ª de 1992, yo creo que es al revés, de dónde debe salir es de la Ley 5ª de 1992, porque son temas eminentemente procedimentales, no son temas orgánicos, de funcionamiento del Congreso, y creo que se está desperdiciando una buena oportunidad de hacerle unos ajustes necesarios a ese juicio especial del Congreso.

Si ya no se ha podido avanzar por la vía de una reforma constitucional para acabar con la función judicial del Congreso, y solamente dejarle juicio político para el Presidente por indignidad, por mala conducta, por lo menos se debió haber avanzado, si ya la idea era legislar sobre todas las materias procedimentales de carácter penal, por lo menos se debió haber cumplido con el cometido de modificar esas normas que son obsoletas unas, anacrónicas e inconvenientes otras, e inconstitucionales otras.

Y ese juicio especial en contra de los altos funcionarios del Estado haberlo incorporado aquí en un libro, pero, repito, haciéndole los ajustes necesarios, derogar el capítulo respectivo que está incorporado en la Ley 5ª. de 1992, que me parece que no está, es decir está donde no debe estar.

La otra pregunta señor fiscal es la siguiente: En el artículo 549 se incorpora en el inciso segundo del Consejo Superior de la Judicatura para transformar juzgados penales, municipales y promiscuos municipales, en juzgados penales de circuitos y tribunales especializados.

No tengo a la mano el Decreto ley 270 de 1996 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; allí, señor fiscal, creo señor Vicefiscal o sus asesores, o usted mismo me corregirá, creo que está muy expresa esa función o esas funciones del Consejo Superior, si no están muy expresas, por lo menos la deducción que se debe sacar es esa, que es más propia de la ley estatutaria de administración de justicia y no de un código ordinario.

Me parece que la transformación de juzgados no le compete hacerlo a una ley ordinaria, a un código, sino a una ley estatutaria, habría que modificar el Decreto ley 270. Le hago esa precisión señor, para que usted me diga si estoy en lo cierto o estoy equivocado, y en la parte primera que habla de ajustes en la planta de personal por técnica legislativa, eso debería corresponderle a la ley orgánica que creó el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, porque es un Estatuto eminentemente administrativo, es la estructura administrativa, eso ya lo aprobamos nosotros, está en la Cámara de Representantes, debió haberse incorporado todo lo referente a la planta de personal a ese Estatuto, pero ya no se lo hizo. Pero sí mi preocupación es mayúscula frente a esa competencia del Consejo Superior de la Judicatura para transformar sus gastos. Creo señor fiscal que es materia de una ley estatutaria.

Y por último, tercera inquietud señor fiscal y ojalá Su Señoría en esto nos dé una respuesta precisa, oyendo a Rodrigo Rivera, el Senador Rodrigo Rivera, y oyendo al Senador Andrés González sobre el principio de oportunidad y las alusiones directas que hacen a la ley de alternatividad penal, yo me he puesto a pensar en algo que nos trasnocha a miles de colombianos que es el intercambio humanitario.

El intercambio humanitario sigue pospuesto, indefinidamente en la ley de alternatividad, en el proyecto, Senador Mario Uribe usted sabe más que nadie, que se incorporó un artículo buscando una ventanita allá al final del túnel para esa posibilidad del intercambio humanitario. No se podrá insistir, yo no creo que sea una osadía incorporar o bien como desarrollo del principio de oportunidad, o bien como ampliación de las causales de excarcelación por razones de carácter humanitario, la liberación condicionada o provisional de guerrilleros, para a cambio de eso queden libres centenares o miles de secuestrados en Colombia, la propuesta del Senador José Renán Trujillo que me parece bien importante, no completa. No se la podrá recoger en este proyecto de Código de Procedimiento Penal, y antes que pensar en alternatividad penal para favorecer los paramilitares, primero pensar en conseguir la libertad de centenares y de miles de colombianos secuestrados, porque si usted nos da vía libre yo no tendría ningún inconveniente en presentar la Proposición aditiva en el momento oportuno, siempre y cuando haya por lo menos un apoyo significativo en la Comisión Primera, porque yo en ese tema he sido diez, veinte veces derrotado.

Desde cuando se presentó la Reforma Política en el gobierno de Pastrana que en ese tiempo se llamaba Canje, ahora ya tiene otro nombre,

pero de todas maneras, si el señor Fiscal General de la Nación considera que podemos incorporar este tema del intercambio humanitario en uno de los artículos recogiendo la propuesta del Senador Renán Trujillo o mejorándola, o acomodándola, lo que sea, pues qué buena cosa sería expedir Código de Procedimiento Penal dándole la posibilidad a cuántas familias que están sufriendo, en una forma muy cruel la privación de la libertad de sus familiares y ese sería un exitazo que este código no solamente sirva para implementar el sistema acusatorio, sino para solucionar un problema urgentísimo. Esas tres preguntas señor fiscal. Muchas gracias.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Mario Uribe Escobar:

Presidente para solicitarle al Senador Martínez que me permita incluir allí la lista de invitados para la próxima sesión, al ex Fiscal General de la Nación Alfonso Gómez Méndez, al fin y al cabo él es el inspirador del código vigente. Hasta donde mi información alcanza es completamente contraria la expedición de este código, sería muy bueno que él nos diera aquí sus opiniones, señalara aquí mismo los riesgos que él piensa se presentan hoy con la expedición de este código y sobre todo para que se haga un debate bien interesante entre él y el señor Fiscal General de la Nación actual, cada cual para que defienda lo suyo.

Proposición número 153

Invítese al señor Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al señor Procurador General de la Nación y al Señor ex Fiscal General de la Nación doctor Alfonso Gómez Méndez, para que expresen su opinión sobre el proyecto de Código de Procedimiento Penal que se debate en la Comisión Primera del Senado.

Firmado: honorable Senador *Darío Martínez Betancourt.*

La Presidencia cierra la discusión de la proposición formulada por el honorable Senador Darío Martínez y la adición formulada por el honorable Senador Mario Uribe y sometida a votación es aprobada por unanimidad.

Por Secretaría se da lectura a la siguiente proposición:

Proposición número 154

Convóquese a una Audiencia Pública el próximo jueves 3 de junio para escuchar a las instituciones y personas interesadas en el Proyecto de Ley número 181 de 2004 Senado, *por la cual se reglamentan los Organismos de Control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones,* presentada por el señor Contralor General de la República.

Firmada por los honorables Senadores: *Juan Fernando Cristo y Luis Humberto Gómez Gallo.*

La Presidencia abre la discusión de la proposición leída y cerrada esta es sometida a votación siendo aprobada por unanimidad.

La Presidencia concede el uso de la palabra al doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación:

Señor Presidente, ilustres Senadores. Para saludar el debate y la forma seria y responsable como se está llevando la discusión de este código. Lo que aquí estamos haciendo es historia grande para el sistema judicial penal en Colombia, por muchos años se intentó en vano crear un sistema democrático garantista, seguro, con certeza jurídica pronta y cumplida como corresponde a la justicia.

El escenario en que se desarrolló esta reforma o pudo haber sido de idéntica manera igualmente democrático, llevamos cerca de tres años debatiendo en foros académicos, en foros con presencia de la universidad, de los abogados defensores, los litigantes con especialistas en la materia, media docena de ministros de justicia, incluido el honorable Senador que ha hecho juiciosas observaciones sobre el código, han participado de manera extensa e intensa en las discusiones.

Fue así como durante un año se tramitó el Acto Legislativo y donde con ocasión de escuchar en audiencias públicas aquí en este Congreso en sendas oportunidades, cuantos académicos quisieron venir a exponer sus ideas. Vino la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia y vinieron todos los que quisieron oírlos, y los vamos a continuar oyendo el día jueves con mucha responsabilidad y dedicación.

Por eso, no tengo duda de que este código ha sido sometido al rigor de un estudio y de una profundización dignos de la materia tan grave como la que nos ocupa, pero como si fuera poco tanto los Ponentes Héctor Helí Rojas, el doctor Germán Vargas Lleras y el doctor Luis Humberto Gómez Gallo han tenido la posibilidad de profundizar las propuestas que en forma amplia también se han debatido en la Cámara de Representantes tanto en el seno de la Comisión Primera como de la Plenaria.

Y es así como llegamos a un código o a unas características que no son muy afortunadas para todo este sistema acusatorio con características propias que lo enriquecen y lo fortalecen, incluso los últimos aportes que hizo el ponente en materia del registro de indagación, los costos de los peritajes, tratándose de recién imputados para que puedan tener acceso gratuito, el aviso pronto a la Policía Judicial, la validación mínima para aceptar un acogimiento a una sentencia temprana, y las discusiones sobre todos los días más aterrizada presentación del principio de oportunidad, nos garantizan que el código tiene todas las fortalezas para asegurar en Colombia una justicia donde vamos a pasar de los 48 meses que hoy dura el proceso, a 48 semanas que en buena parte de los procesos donde vamos a tener oportunidad de abreviar la situación que significa para quienes son acusados de haber incurrido en conductas punibles.

Yo quisiera repetir una vez más que si algo justificara el cambio de sistema acusatorio lo es el hecho de que en Colombia casi la mitad de las personas que están privadas de la libertad lo están por causa distinta de una sentencia en firme de un juez competente.

Lo que se ha planteado en el día de hoy es exactamente aquello que debemos profundizar en esta discusión amplia, a mí me parece que la democracia del poder legislativo acaba de enriquecer la materia; incluso pueden haber otras más interesantes que aquí las recuperamos hace un tiempo precisamente en esta Comisión Primera, para por ejemplo, tentarlos sobre el tema de que volvamos a hablar otra vez de los jurados aun cuando sea para un solo delito grave y otro leve, a fin de que pueda haber un laboratorio que nos indique que la justicia debe ser fundamentalmente realizada entre pares.

Pero adicionalmente, yo quisiera que discutamos con amplitud el principio de oportunidad. El principio de oportunidad no lo vamos a camuflar dentro de una reglamentación ni de una identificación que se ha arreglado como ordena la Constitución Política y como lo prevé el código, sino que el principio de oportunidad es una manera del Estado prescindir de la acción penal en los casos que considere conveniente. Y yo creo que para tener esa fortaleza no hay necesidad de desdibujarlo. Vamos a defender una capacidad amplia, que no solo va con la bagatela, ni más faltaba, y no quisiéramos ocultar que esa fuera la última categoría; incluso, yo diría que regresáramos a los diez años, con la venia de los Ponentes, para que regresaran delitos hasta 10 años en la primera causal, pero demás la quinta es una causal de fortaleza para contribuir a la investigación, efectivamente doctor Andrés González y de eso vamos a tener oportunidad de discutirlo ampliamente. Es una fortaleza del Estado y no es un camino de impunidad.

De idéntica manera los procesos de negociación cuando se dice allí que si hay demérito de los dineros del Estado que se provea al menos el 50%, yo estoy de acuerdo conque tenemos que buscar inmediatamente antes de cualquier consideración y un paso delante con la posibilidad de recaudar la totalidad de los remanentes, garantizarlos anticipadamente, antes de cualquier consideración en esa materia.

Y así podríamos seguir enunciando varios de los aspectos que ustedes han mencionado y que sería muy importante que tengamos aquí amplia discusión. El tema por ejemplo planteado sobre la consideración si hay una facultad transitoria, para que el gobierno expida los códigos o no, me parece que es absolutamente prematura, primero porque está rigiendo esa disposición. Segundo, porque está por segunda vez a consideración de la Corte Constitucional. En tercer lugar porque el compromiso de todos es sacar este código democráticamente como lo ordena el más elemental sentido de conveniencia y es a través del democrático paso por el Congreso que vamos bien, ya llevamos tres años discutiendo este procedimiento y es hora de que le demos una aprobación como corresponde tanto en esta Comisión como en la Plenaria.

También, la discusión a cerca de si el código es invasivo o no, y si los otros lo fueron o no y cuáles serían las razones que justificarían el hecho de la amplia facultad que le dio el Constituyente al legislador para continuar su tarea. A mí me parece que sería absolutamente absurdo pensar que el Código de Procedimiento podría hacerse a parches. Sin embargo, muchos de los principios fundamentales que asisten a uno y otro código están allí con idéntica redacción, porque no queríamos desdibujar

pronunciamientos que han hecho como fundamentales tanto la Corte Constitucional como las demás Cortes de justicia en Colombia.

Y por lo tanto allí nos quedamos con mucho de ese acervo que bien escrito está y lo propio sucede con algunas materias donde se pudieron conservar costos sin necesidad de cambiarlos, pero el sistema había que modificarlo radicalmente como lo ha expresado el principio de la creación el doctor Rivera y recogido sus expresiones el Senador Héctor Helí.

Sobre las preguntas de Darío Martínez como siempre muy profundas, yo creo que también va a ser un tema de especial consideración, pero yo me anticiparía a decir, aquí tuvimos una amplísima discusión sobre los aforados, y se llegó a la conclusión en todas las discusiones que hubo en ambas comisiones y en las plenarias de que esa materia no se iba a tocar y que tenían unos procedimientos especiales, tanto los altos servidores del Estado como los propios Congresistas y por lo tanto no fue materia de discusión en este código. Naturalmente, en cualquier momento se podría reabrir la discusión, pero yo pienso además, es materia que puede tratarse en otra distinta.

Sobre las funciones que correspondería al Consejo de la Judicatura, aquí básicamente estamos proveyendo por algo que es excepcional y que es de emergencia precisamente por las circunstancias que se manejan y la multiplicación de jueces municipales penales, algunos especializados para control de garantías; y de todas maneras la reordenación que daría lugar a la configuración de este nuevo sistema acusatorio, pero obviamente no deja de preocupar si fuese una materia de orden distinto a una disposición ordinaria que es la que contiene el código, sería Estatutaria. En todo caso también podríamos analizarlo a profundidad.

Y finalmente sobre un tema que tiene que ver con, bueno… quedaría lo de la extradición, la verdad fue que se ha llevado el debate, la Ponencia misma traía algunas, la propuesta misma de la radicación del código traía una donde se eliminaba el paso por la Corte Suprema, luego entonces se vuelve a incluir esa eliminación, hay que decirlo, todas las veces que sea necesario, era en beneficio de que las personas sujetas a esta grave medida no tuvieran una pena privativa de la libertad decretada por las circunstancias de la demora en el trámite ante la Corte que vive congestionada, de situaciones todas urgentes prioritarias y para aliviar la situación de estar privados de la libertad por ocho meses, un año, un año y medio, dos años como se ha visto recientemente.

Y en sustitución de ello lo que se quiso fue ordenar y precisamente aclimatar con el sistema acusatorio un sistema de audiencia rápido, y fue rechazado por la propia corporación en su expresión de la cámara baja por considerar que el procedimiento que había era el conveniente, pero de todas maneras es una materia que también está allí y que sobre la cual la Fiscalía no tendría mucho que decir adicionalmente.

Y finalmente, nosotros lo que quisimos y lo quiso el legislador, en materia de códigos procedimentales y sustantivo de la materia, es que este código sea permanente y no puntual para coyunturas que tienen que ver con la búsqueda de la paz…que son figuras de alternatividad, o con las figuras de intercambio humanitario.

A mí me parece que meter un código que tiene vocación de cien primeros años para no entrar en cálculos a largo plazo, estaríamos metiendo aquí unas figuras que esperamos que muy rápidamente aclimaten la paz en Colombia para siempre, y que no haya necesidad de volverlos a utilizar.

Estas normas transitorias me parece que se están manejando como corresponden en unos mecanismos distintos, tienen unas connotaciones jurídico-políticas diferentes, y creo que no sería el escenario adecuado proponerlo en el código.

Por lo demás, aquí se ha dicho que este es un mecanismo con el cual se quiere fortalecer la Fiscalía. Yo pienso que esa no es exactamente la razón, nosotros estamos declinando unas funciones judiciales que hoy tiene el fiscal y la Fiscalía en beneficio de la justicia, y exclusivamente de las personas que están sujetándose a ellas en beneficio de una institución que resulte fortalecida, para que todos los colombianos sintamos que hay un aparato judicial en beneficio de la persecución del crimen, que es eficiente que tiene unos instrumentos sólidos de búsqueda de la verdad, con los cuales alcanzar esa justicia tan anhelada por todos. Por lo tanto lo que la Fiscalía ha propuesto es declinar de esas fortalezas judiciales y recobrar para sí las propias, que siempre ha debido tener con exclusividad, que son la de una investigación muy contundente.

A eso nos limitamos y ello vendremos a defender en el día de mañana en la discusión del articulado, donde tendremos oportunidad doctor Andrés González, doctor Rivera de analizar todos estos puntos que ustedes han planteado, porque incluso nosotros tenemos una lista, como de un par de docenas de artículos que desearíamos puntualmente hacerles unos perfeccionamientos que en nada modifican el sentido y la naturaleza del texto, sino su perfeccionamiento. Muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Muy bien, entonces vamos a cerrar el debate general en el día de hoy sin detrimento, por supuesto como aquí lo señaló el Senador Héctor Helí Rojas, de que cada uno de los temas tenga el debate correspondiente y las inquietudes que fueron planteadas hoy, sean resueltas tanto por el Gobierno, como por la Fiscalía General de la Nación, de tal manera que por favor Secretario sírvase informar.

Por Secretaría se da lectura a los proyectos que la Presidencia someterá a votación en la próxima sesión:

1. Proyecto de ley número 229 de 2004 Senado, 001 de 2003 Cámara, *por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

2. Proyecto de ley número 57 de 2003 Senado, *por la cual se adicionan al Código Penal medidas en materia de seguridad en la operación del transporte aéreo colectivo*.

3. Proyecto de ley número 43 de 2003 Senado, *por la cual se modifican los artículos 397, 398, 399 y 400 del Código Penal.*

4. Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2004 Senado, *por el cual se permite la reelección inmediata de Gobernadores y Alcaldes*.

5. Proyecto de ley número 25 de 2003 Senado, *por la cual se modifica parcialmente y adiciona un artículo al Código Penal Militar, Ley 522 de 1999*.

6. Proyecto de ley número 186 de 2004 Senado, *por la cual modifica parcialmente el artículo 1° de la Ley 54 de 1989* (Cambio de orden en apellidos), acumulado Proyecto de ley número 188 de 2004 Senado, *por medio de la cual se establecen reglas para determinar el orden de los apellidos*.

7. Proyecto de ley Estatutaria número 85 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz Nacional*, acumulado al Proyecto de ley número 95 de 2003 Senado, *por la cual se dictan disposiciones para la población carcelaria del país, en procura de la reincorporación de miembros marginados de la ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz Nacional* (Alternatividad Penal y Social) y Proyecto de ley Estatutaria número 147 de 2003 Senado, 104 de 2003 Cámara, *por la cual se dicta amnistía a autores de conflicto armado*.

8. Proyecto de ley número 155 de 2004 Senado, 195 de 2003 Cámara, *por la cual se crea el Acta de Informe de Gestión.*

9. Proyecto de ley número 53 de 2003 Senado, *por la cual se reforma el Estatuto Notarial, en especial el Decreto ley 960 de 1970, y se dictan otras disposiciones,* acumulado al Proyecto de ley número 93 de 2003 Senado, *por el cual se crea el Consejo Superior de la Administración de los concursos y la Carrera Notarial*.

10. Proyecto de ley número 42 de 2003 Senado, *por medio de la cual se establece la investigación de filiación extramatrimonial por vía administrativa*.

11. Proyecto de ley número 179 de 2004 Senado, *por medio del cual se modifica parcialmente la Ley 136 de 1994* (Juntas Administradoras Locales).

12. Proyecto de ley número 182 de 2004 Senado, *por la cual se modifica el artículo 170 de la Ley 136 de junio 2 de 1994* (Elección de Personeros).

13. Proyecto de ley número 146 de 2003 Senado, *por la cual se modifica la Ley 5ª. de 1992*. (Decretar Honores Aniversarios). Acumulado al Proyecto de ley número 192 de 2004 Senado, *por la cual se reforma el reglamento del Congreso (Ley 5ª. de 1992) y se reglamenta la expedición de leyes de honores, conmemoraciones y reconocimientos.*

14. Proyecto de ley número 23 de 2003 Senado, *por la cual se reglamenta el proceso de elección de los Secretarios y subsecretarios de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones Constitucionales permanentes*.

15. Proyecto de ley número 195 de 2004 Senado, *por la cual se despenaliza la comercialización de las hojas de coca, marihuana y demás*

plantaciones cuya utilización tenga fines medicinales, terapéuticos y alimenticios.

16. Proyecto de ley número 164 de 2002 Senado, 63 de 2002 Cámara, *por la cual se dictan las normas que determinan el procedimiento para suplir las faltas absolutas y temporales de Gobernadores y Alcaldes Municipales y Distritales*.

17. Proyecto de ley número 190 de 2004 Senado, *por la cual se establece el programa de ventanilla única y simplificación de trámites*.

18. Proyecto de ley número 86 de 2003 Senado, *por la cual se modifica el artículo 384 de la Ley 599 de 2000* (Agravancia Punitiva).

19. Proyecto de ley número 177 de 2004 Senado, *por la cual se tipifica el delito de inasistencia alimentaría entre compañeros permanentes,* acumulado Proyecto de ley número 184 de 2004 Senado *Cárcel para compañeros conyugales irresponsables que no respondan por la asistencia alimentaría*.

Durante el transcurso de la sesión se radicaron los siguientes documentos para que hagan parte de la presente Acta:

1. Comentarios sobre el Proyecto de ley número 181 de 2004 Senado, *por la cual se reglamentan los organismos de control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones*, suscrito por la doctora Clara Eugenia López Obregón, Auditora General de la República.

2. Concepto del Procurador General de la Nación sobre demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º transitorio parcial del Acto Legislativo número 03 de 2002 *por el cual se reforma la Constitución*.

Siendo las 03:30 p.m., la Presidencia levanta la sesión y convoca para el día miércoles 26 de mayo a las 10:00 a.m.

El Presidente,

Luis Humberto Gómez Gallo.

El Secretario,

Guillermo León Giraldo Gil.

ANEXOS

Comentarios sobre el Proyecto de ley número 181 de 2004 Senado, *por la cual se reglamentan los organismos de control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones*, suscrito por la doctora Clara Eugenia López Obregón, Auditora General de la República.

Concepto del Procurador General de la Nación sobre demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º transitorio parcial del Acto Legislativo número 03 de 2002 *por el cual se reforma la Constitución*.

Bogotá, D. C., 13 de mayo de 2004

Doctor

GUILLERMO GIRALDO GIL

Secretario General

Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Proyecto de ley número 181 de 2004 de Senado, *por la cual se reglamentan los organismos de control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones*.

Honorable Senador:

La Auditoría General de la República, consciente de la importancia que el proyecto de la referencia tiene para el futuro del sistema de control del país, ha realizado un cuidadoso estudio del texto propuesto con el objeto de contribuir con su experiencia y experticia al análisis que comienza en las cámaras legislativas.

La AGR celebra el propósito general de la iniciativa de buscar una mayor eficacia de la función pública del control fiscal, así como las propuestas de otorgar consecuencias a las opiniones y dictámenes de los órganos de control fiscal y reformar el proceso de responsabilidad fiscal, todo lo cual apunta a fortalecer tan crítico elemento de la rendición de cuentas en un Estado Social de Derecho.

No obstante y sin desconocer el esfuerzo realizado por la Contraloría General de la República, para nosotros el proyecto de ley no permite superar muchas de las dificultades que en la actualidad se presentan para el adecuado ejercicio del control fiscal, la definición de la responsabilidad fiscal y la recuperación de los detrimentos ocasionados al erario.

Por ello considero necesario someter a su consideración algunas apreciaciones frente al contenido del proyecto. En primer lugar me refiero a lo relacionado con la AGR por estimar que desconocen tanto las normas constitucionales como la cosa juzgada constitucional, con efectos *erga omnes* de varios pronunciamientos hechos hasta ahora por la honorable Corte Constitucional.

Enseguida paso a exponer criterios referentes a otros aspectos del proyecto que plantean problemas de fondo como serían el vaciamiento progresivo de las competencias a las contralorías territoriales a favor de la CGR, los espacios para la privatización de la función pública de control fiscal y la elevación a norma legal aspectos materia de reglamento, que le restarían flexibilidad y capacidad de desarrollo e innovación al sistema.

En nuestro criterio, varias de las disposiciones se encuentran afectadas por inconstitucionalidad y otras requieren de mayor precisión conceptual, lo que obliga a formular propuestas de modificación a su texto. El análisis de un proyecto de la amplitud, complejidad, y proyecciones de la iniciativa del señor Contralor nos ha llevado a la elaboración de un documento extenso, el cual se resume a continuación. El documento completo se anexa a la presente comunicación.

Inconstitucionalidades Advertidas

1. **Desconocimiento de la autonomía que le ha sido reconocida a la AGR**

Este se concreta en la competencia expresa que se le atribuye a la Contraloría General de la República CGR, para ejercer control fiscal sobre la Auditoría AGR y para someterla a las reglamentaciones que expida el Contralor para el ejercicio del control fiscal, en claro desconocimiento de los principios sentados por la Corte Constitucional, fundamentalmente en las sentencias C–499 de 15 de septiembre de 1998 y C–803 de 16 de septiembre de 2003, que se encuentran amparados por el principio de cosa juzgada constitucional. Así mismo, se desconoce que el control fiscal ejercido por la AGR tiene una naturaleza especial y por tanto no puede estar sometido a las reglas impuestas por la CGR, principal sujeto de su vigilancia. Buscar someter a la AGR al control fiscal de su principal vigilado no solamente riñe con el principio de autonomía propio del ejercicio auditor sino con los principios que inspiran tan delicada función.

Artículos del proyecto de ley que asignan competencia a la CGR para ejercer control fiscal a la AGR: 2°; 36 numeral 6° y parágrafo 2°; 39 y 66 parágrafo 2°.

Artículos del proyecto de ley que desconoce la competencia reconocida a la AGR o que limitan su ejercicio: 24 (función de advertencia); 25 (control de resultados de la CGR ejercido por la Comisión Legal de Cuentas); 33 (integración y funciones de la Comisión Técnica); 41 parágrafo (forma en que se debe producir la evaluación que se realiza a los organismos de control fiscal) y 42 (sometimiento a las metodologías adoptadas por CGR para ejercicio del control fiscal).

2. **Exceso en el ejercicio de la facultad atribuida al Contralor General por el artículo 156 de la Constitución Política**

"De conformidad con lo previsto en el artículo 156 de la Constitución Política, el señor Contralor General de la República tiene la facultad de presentar a consideración del Congreso de la República proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones".

En tal virtud, los proyectos de ley que el señor Contralor General presente a consideración del Congreso deben guardar directa relación con las funciones que corresponda cumplir de acuerdo con la Constitución Política, respecto de los sujetos vigilados y aun respecto de los demás órganos de control del primer nivel con el objeto de armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, pero en ningún caso en relación con las funciones que la Auditoría General de la República debe ejercer sobre la Contraloría General de la República.

En tal virtud y con el objeto de respetar íntegramente la letra y el espíritu del artículo 156 de la Constitución Política, se estima que el proyecto de ley que el señor Contralor General de la República ha presentado a consideración del Congreso, no se podía referir a las funciones, naturaleza y características de la Auditoría General de la República.

3. **Vaciamiento de la competencia constitucionalmente reconocida a las contralorías territoriales**

Sin que sea posible desconocer que en virtud a lo establecido en el inciso 3° del artículo 267 de la Carta, la CGR puede ejercer control fiscal excepcional y que, conforme a lo decidido en las sentencias C–403 de 2 de junio de 1999 y C–364 de 2 de abril de 2001, el referido organismo puede ejercer control fiscal prevalente y concurrente sobre los ingresos que la Nación transfiera a las entidades territoriales, en la forma en que se plantea en el proyecto el ejercicio de estas facultades conlleva al vaciamiento de la competencia atribuida a las contralorías territoriales, de tal suerte que el control fiscal que se les confía queda reducido a su mínima expresión. Con lo anterior se incurre en desconocimiento de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política.

Los artículos que desarrollan estos aspectos y que se considera deben ser revisados son 21, 22 y 23.

Las modalidades de control fiscal excepcional, prevalente y concurrente adicionalmente deben ser objeto de una reglamentación más exigente que impida que su aplicación pueda dar lugar al vaciamiento de las competencias reconocidas a las contralorías territoriales. Para ello la ley debe consagrar requisitos materiales que impidan que al arbitrio tanto el ente de control como sus vigilados puedan elegir la autoridad que les ejerza el control fiscal cumpliendo únicamente requisitos de tipo formal o de manejo político.

En el mismo sentido se deben cuestionar las previsiones contenidas en los parágrafos 1° y 2° del artículo 36 del proyecto.

El primero de ellos califica como sujetos del control fiscal de la CGR a los responsables del erario a los cuales se ejerza el control fiscal excepcional. El texto literal de esta norma permite que en el futuro se entienda que la CGR queda habilitada en forma permanente para ejercer control fiscal sobre sujetos de vigilancia de las contralorías territoriales en los eventos en que se haya realizado control fiscal excepcional, lo que riñe con el espíritu y límites constitucionales de la figura.

El parágrafo 2° por su parte, confía de manera exclusiva el control fiscal que se debe ejercer sobre los convenios, contratos o proyectos administrados por organismos internacionales a la CGR, cuando los mismos sean financiados con recursos públicos. Si se tiene en cuenta que en la financiación de esta clase de convenios pueden concurrir recursos propios de las entidades territoriales, es claro que la norma los priva del ejercicio del control fiscal ordinario atribuido por la Constitución Política a las contralorías departamentales, lo cual es abiertamente contrario a la Constitución.

En relación con los recursos provenientes de los empréstitos, el parágrafo 2° del artículo 66 establece una previsión similar y confía de manera exclusiva el ejercicio del control fiscal a la CGR, sin que se tome en consideración si se trata de préstamos obtenidos por las entidades territoriales que necesariamente deberán ser cubiertos con recursos propios de estos entes y objeto de vigilancia de las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Otros aspectos relevantes

1. **Privatización del Control fiscal**

La norma prevista en el artículo 188 de proyecto pretende definir los supuestos en que será procedente ejercer el control fiscal por conducto de las empresas privadas colombianas contratadas para tal efecto, conforme a la autorización otorgada por el inciso 2° del artículo 267 de la Constitución Política.

En relación con este artículo, quiero destacar que en criterio de esta Auditoría, es de la esencia del control fiscal su naturaleza pública y que mal puede el Estado desprenderse de tan fundamental función que sustenta el Estado Social de Derecho, que acogió el constituyente de 1991 y que estamos obligados a consolidar quienes creemos que la rendición de cuentas a cargo de los que manejan fondos públicos, es una forma de fortalecer el estado constitucional en Colombia.

La disposición prevé que la contratación del control fiscal procede cuando la disponibilidad de recursos técnicos, económicos y humanos no permita al órgano ejercer control fiscal en forma directa; se requieran conocimientos técnicos o especializados o por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

No sobra advertir que por los efectos de la Ley 617 de 2000 de saneamiento fiscal las contralorías territoriales han reducido su presupuesto y por tanto su capacidad operativa, técnica y de personal, destacando que las normas transitorias que suspendieron los efectos integrales de esta ley terminan en diciembre de 2005, y la reducción presupuestal será mayor y en esa medida se sientan las bases para acudir de manera generalizada a la contratación privada del control fiscal el cual se reitera, no le conviene al sistema.

2. **Naturaleza del acto de control fiscal**

La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha reconocido que la función de control fiscal tiene una naturaleza especial que debe ser definida por el legislador. En el proyecto se reitera su naturaleza administrativa y se impone en su ejercicio la observancia de principios propios de esa actividad. Es importante que en esta oportunidad se defina la naturaleza de los actos de control fiscal, y se les diferencie de las demás actividades que son realizadas en el Estado.

3. **Proceso de Responsabilidad fiscal**

Para la AGR sería conveniente que las actuaciones que se realizan dentro del proceso de responsabilidad fiscal tengan naturaleza judicial, adquieran el carácter de cosa juzgada una vez se decidan los recursos y solo puedan ser cuestionadas mediante recursos extraordinarios excepcionales, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los precisos eventos establecidos por el legislador.

Se debe aclarar que no sería la primera vez que las actuaciones de organismos del Estado sean revestidas de naturaleza judicial, y que una decisión de esa naturaleza garantizaría una pronta y adecuada recuperación del detrimento del patrimonio público como consecuencia de una indebida gestión fiscal.

Hecha la aclaración anterior, es necesario precisar que en el evento en que la propuesta formulada por esta entidad no sea acogida, será necesario adentrarse en el análisis de las observaciones que merece el actual proyecto de ley que continúa calificando los fallos con responsabilidad fiscal como administrativos, y ha previsto la definición de un procedimiento especial aplicable para la determinación de esta particular forma de responsabilidad.

En relación con esta materia es posible agrupar las observaciones sin necesidad de hacer alusión a los artículos que deben ser modificados, pues es posible entender su necesidad de modificación a partir de unas precisas consideraciones:

4. **Clasificación de los procesos y definición de regla aplicables**

A pesar de que en el proyecto se intenta clasificar el proceso de responsabilidad fiscal en ordinario, de única instancia, verbal y de reintegro por recibir doble asignación del tesoro, no se advierte cuál es el beneficio que se puede derivar de ello, además de que este último no aparece expresamente regulado como pareciera requerirlo por su especial y continua mención. A lo anterior se suma el hecho de que las cuantías que definen la aplicación de cada procedimiento fácilmente conducen a que los procesos que se tramitan en muchas contralorías territoriales sean de única instancia, a pesar de que cuenten con una infraestructura que les permita garantizar el principio de la doble instancia.

Resulta más adecuado establecer un procedimiento aplicable para la generalidad de los casos que pueda ser de única o doble instancia dependiendo de que el Contralor haga uso de la facultad de delegación, y un procedimiento especial que podría tener naturaleza y ordenación similar al procedimiento verbal regulado por la Ley 734 de 2002 aplicable sólo para **casos de grave detrimento patrimonial y repercusión nacional** que debe conducir personalmente el Contralor General y los Territoriales.

Esto permitiría solucionar el problema de la falta de oportunidad que se advierte en los pronunciamientos emitidos por los organismos de control fiscal y que la doble instancia no dependa de cuantías que en su gran mayoría solo maneja la CGR.

5. **Proceso sancionatorio fiscal**

Respecto de la naturaleza de las actuaciones sancionatorias, la Corte Constitucional ha aclarado que las sanciones fiscales no tienen naturaleza disciplinaria y por tanto no se les puede confundir con ellas. Es necesario aclarar dentro del proyecto este aspecto y precisar que esta clase de sanciones no generan antecedente alguno.

Anexo documento que en extenso profundizan y puntualizan las observaciones a que he hecho mención, las cuales se confía puedan aportar

elementos de juicio para el análisis que esa honorable Corporación debe hacer del proyecto, advirtiendo que en los próximos días nos proponemos presentar documento que incluya los textos de las adiciones y modificaciones anunciadas.

Cordialmente.

Clara Eugenia López Obregón

Auditora General de la República

Bogotá, D. C., 3 de mayo de 2004

Honorable Senador

GUILLERMO GIRALDO GIL

Secretario Comisión Primera

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Proyecto de ley número 181 de 2004 de Senado, *por la cual se reglamentan los organismos de control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones.*

Versión ampliada

Apreciado Senador:

Presento a ustedes las observaciones generales que en criterio de la Auditoría General de la República merece el proyecto de ley de la referencia y que ha sido sometido a su consideración por iniciativa del señor Contralor.

Sin desconocer el esfuerzo realizado por la Contraloría General de la República, para nosotros el proyecto de ley no permite superar muchas de las dificultades que en la actualidad se presentan para el adecuado ejercicio del control fiscal, la definición de la responsabilidad fiscal y la recuperación de los detrimentos ocasionados al erario.

En criterio de la AGR, varias de sus disposiciones se encuentran afectadas por inconstitucionalidad y otras requieren mayor precisión conceptual, lo que obliga a formular propuestas de modificación a su texto.

A continuación se puntualizarán las observaciones a que he hecho mención, las cuales se confía puedan aportar elementos de juicio para el análisis que esa honorable Corporación debe hacer del proyecto, advirtiendo que en los próximos días nos proponemos presentar documento que incluya las adiciones y modificaciones anunciadas.

1. **Inconstitucionalidades advertidas**

1.1. *Desconocimiento de la autonomía que le ha sido reconocida a la AGR.*

Se concreta en la competencia expresa que se le atribuye a la Contraloría General de la República CGR para ejercer control fiscal sobre la Auditoría AGR, y para someterla a las reglamentaciones que expida el Contralor para el ejercicio del control fiscal en claro desconocimiento de los principios sentados por la Corte Constitucional, fundamentalmente en las sentencias C–499 de 15 de septiembre de 1998 y C–803 de 16 de septiembre de 2003, que se encuentran amparados por el principio de cosa juzgada constitucional. Así mismo, se desconoce que el control fiscal ejercido por la AGR tiene una naturaleza especial que no puede estar sometido a las reglas impuestas por la CGR, principal sujeto de su vigilancia.

Artículos del proyecto de ley que asignan competencia a la CGR para ejercer control fiscal a la AGR: 2°; 36 numeral 6° y parágrafo 2°; 39 y 66 parágrafo 2°.

Artículos del proyecto de ley que desconocen la competencia reconocida a la AGR o que limitan su ejercicio: 24 (función de advertencia); 25 (control de resultados de la CGR ejercido por la Comisión Legal de Cuentas); 33 (integración y funciones de la Comisión Técnica); 41 parágrafo (forma en que se debe producir la evaluación que se realiza a los organismos de control fiscal) y 42 (sometimiento a las metodologías adoptadas por CGR para ejercicio del control fiscal.)

1.2. *Exceso en el ejercicio de la facultad atribuida al Contralor General por el artículo 156 de la Constitución Política.*

De conformidad con lo previsto en el artículo 156 de la Constitución Política, el señor Contralor General de la República tiene la facultad de presentar a consideración del Congreso de la República proyectos de ley *en materias relacionadas con sus funciones*.

En tal virtud, los proyectos de ley que el señor Contralor General de la República presente a consideración del Congreso deben guardar directa relación con las funciones que corresponda cumplir de acuerdo con la Constitución Política, respecto de los sujetos vigilados y aun respecto de los demás órganos de control del primer nivel con el objeto de armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, pero en ningún caso en relación con las funciones que la Auditoría General de la República debe ejercer sobre la Contraloría General de la República o la forma como esta deba desarrollarlas, mucho menos si ellas tienen por objeto como en el caso materia de examen, sujetar al órgano constitucional que ejerce las facultades de control fiscal sobre su gestión fiscal a las reglas que finalmente imponga el sujeto vigilado.

Ello, además de no caber dentro de la facultad prevista en el artículo 156 de la Constitución Política, conllevaría un serio conflicto de intereses que le restaría imparcialidad y objetividad al debate parlamentario que debe preceder a la adopción de las políticas legislativas que tengan por finalidad desarrollar la Constitución Política.

En tal virtud y con el objeto de respetar íntegramente la letra y el espíritu del artículo 156 de la Constitución Política, se estima que el proyecto de ley que el señor Contralor General de la República ha presentado a consideración del Congreso, no se podía referir a las funciones, naturaleza y características de la Auditoría General de la República.

1.3. *Vaciamiento de la competencia constitucionalmente reconocida a las contralorías territoriales.*

Sin que sea posible desconocer que en virtud a lo establecido en el inciso 3° del artículo 267 de la Carta, la CGR puede ejercer control fiscal excepcional, y que conforme a lo decidido en las sentencias C–403 de 2 de junio de 1999 y C–364 de 2 de abril de 2001, el referido organismo puede ejercer control fiscal prevalente y concurrente sobre los ingresos que la Nación transfiera a las entidades territoriales, en la forma en que se plantea el ejercicio de estas facultades, conlleva al vaciamiento de la competencia atribuida a las contralorías territoriales, de tal suerte que el control fiscal que se les confía queda reducido a su mínima expresión. Con lo anterior se incurre en desconocimiento de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política.

Los artículos que desarrollan estos aspectos y que se considera deben ser revisados son: 21, 22 y 23.

En el mismo sentido se deben cuestionar las previsiones contenidas en los parágrafos 1° y 2° del artículo 36 del proyecto.

El primero de ellos califica como sujetos del control fiscal de la CGR a los responsables del erario, a los cuales se ejerza el control fiscal excepcional. El texto literal de esta norma permite que en el futuro se entienda que la CGR queda habilitada en forma permanente para ejercer control fiscal sobre sujetos de vigilancia de las contralorías territoriales en los eventos en que se haya realizado control fiscal excepcional, lo que riñe con el espíritu y límites constitucionales de la figura.

El parágrafo 2° por su parte, confía de manera exclusiva el control fiscal que se debe ejercer sobre los convenios, contratos o proyectos administrados por organismos internacionales a la CGR, cuando los mismos sean financiados con recursos públicos. Si se tiene en cuenta que en la financiación de esta clase de convenios pueden concurrir recursos propios de las entidades territoriales, es claro que la norma los priva del ejercicio del control fiscal ordinario atribuido por la Constitución Política a las contralorías departamentales, distritales y municipales, lo cual es abiertamente contrario a la Constitución.

En relación con los recursos provenientes de los empréstitos el parágrafo 2° del artículo 66 establece una previsión similar y confía de manera exclusiva el ejercicio del control fiscal a la CGR, sin que se tome en consideración si se trata de préstamos obtenidos por las entidades territoriales que necesariamente deberán ser cubiertos con recursos propios de estos entes y objeto de vigilancia de las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Finalmente, se considera que el artículo 29 del proyecto constituye una indebida intromisión en los asuntos que deben definir con total autonomía los Tribunales seccionales; pues en él se faculta al Contralor General para contratar la universidad que llevará a cabo el concurso de méritos que permita proporcionar a los tribunales la lista de los cinco (5) aspirantes al cargo de contralor, que deberán ser tenidos en cuenta para la elección de sus candidatos ante las corporaciones de elección popular.

1.4. *Reglamentación del proceso de responsabilidad fiscal, sancionatorio fiscal y de jurisdicción coactiva.*

Desde el punto de vista constitucional, es necesario destacar la presunta violación de la Carta en que se puede incurrir de aprobarse la regulación dada a las siguientes figuras:

1.4.1. La imputación de la responsabilidad fiscal no se puede producir en el auto de apertura por constituir violación del principio del debido proceso. El artículo 93 del proyecto prevé que el acto de vinculación al proceso de responsabilidad fiscal lo constituya el auto de apertura de la investigación fiscal, en donde deberá efectuarse la imputación de la conducta. Por considerar la figura contraria al principio del debido proceso, se propone separarlas y crear una etapa independiente de imputación que garantice los derechos de los presuntos implicados. De mantenerse la figura en los términos en que ha sido concebida estaría afectada por inconstitucionalidad.

1.4.2. No es posible admitir la vinculación de nuevos presuntos responsables en el trámite de los recursos que procede interponer en contra de los fallos. En el artículo 94 del proyecto, se establece que es procedente vincular a nuevos presuntos responsables hasta antes de que el fallo quede debidamente ejecutoriado. Lo anterior significa que la norma habilita para que en el trámite de los recursos de reposición o apelación, según el caso, las contralorías tendrán la posibilidad de vincular a nuevos presuntos responsables.

Lo anterior desconoce el principio del debido proceso, pues a toda persona se le debe garantizar su posibilidad de participar dentro de esta clase de actuaciones antes de que se profiera fallo en su contra a fin de que pueda allegar, solicitar y controvertir las pruebas que sean practicadas.

1.4.3. La acción de tutela, de cumplimiento, las acciones populares o de grupo y la acción de repetición no se encuentran instituidas para facilitar el resarcimiento del patrimonio público cuando ha prescrito la acción de responsabilidad fiscal. De conformidad con lo establecido en el artículo 89 del proyecto; de presentarse el fenómeno de la prescripción de la acción de responsabilidad fiscal (hoy llamada caducidad), los organismos de control fiscal podrán pretender el resarcimiento del daño patrimonial y demás perjuicios que haya sufrido el Estado.

Constitucionalmente la acción de tutela y de cumplimiento no conllevan la satisfacción de pretensiones indemnizatorias, por tanto con ella no es posible lograr el resarcimiento del daño al patrimonio público.

Las acciones de grupo y de repetición si lo permiten, pero su reglamentación tendría que ser ajustada para que se pueda lograr el resarcimiento del daño patrimonial al Estado. Sería conveniente revisar la redacción de la norma, puesto que si lo que se pretende es reconocerles a los organismos de control fiscal personería para ejercer cualquiera de estas acciones, el objetivo no se logra y, por el contrario confunde.

1.4.4. Desvinculación de los presuntos responsables. De conformidad con lo previsto en el artículo 133 del proyecto, procede la cesación del proceso de responsabilidad fiscal y la desvinculación del presunto responsable en cualquier estado de la actuación en la que se encuentre plenamente demostrado que la conducta no comporta gestión fiscal o que esta no contribuyó a producir o causar el daño. En la forma en que se encuentra concebida la figura, la decisión no hace tránsito a cosa juzgada, razón por la cual, en cualquier momento del proceso podrá ser revocada unilateralmente y dar lugar a una nueva vinculación al proceso.

Lo primero que se debe advertir en relación con la figura es que atenta contra el principio del debido proceso, pues sí se ha demostrado plenamente que una persona no ejerció gestión fiscal o no contribuyó a la realización del detrimento, con posterioridad no será posible retractarse toda vez que la decisión constituye un acto definitivo equiparable en sus efectos a un fallo absolutorio que no puede desconocerse con posterioridad. Situación distinta podría presentarse si el presunto implicado ha inducido a error para obtener la decisión y este tenía el carácter de insuperable, o que nuevas pruebas que no se tuvieron a disposición por causa no imputable al funcionario sustanciador, permitan desvirtuar tales conclusiones, eventos en los cuales se justificaría la adopción de una medida similar. Sin embargo, el proyecto de norma no condiciona la aplicación de la figura a ningún evento, por lo que en criterio de la AGR constituye una flagrante violación al principio del debido proceso.

Lo que resulta más aconsejable es que el presunto responsable no pueda ser desvinculado dentro del trámite de la actuación, salvo en los eventos en que haya lugar a una verdadera cesación de procedimiento o, a adoptar un fallo absolutorio.

2. **Propuestas de modificación y adición al articulado**

2.1. *En relación con la AGR*

Con el objeto de garantizar la autonomía que le ha sido reconocida y de que la forma en que ejerce sus funciones queden claramente definidas en la ley, se propone modificar los siguientes artículos.

Artículo 2°. Es necesario aclarar que los actos proferidos por el Contralor General de la República en materia de control fiscal solo obligan a los funcionarios de esa entidad y de las contralorías territoriales, mas no a los de la AGR. Por ello se propone adicionar el artículo con una expresión que aclare que el ejercicio del control fiscal que realiza la AGR sobre los organismos de control fiscal será reglamentado por el Auditor General.

Similares consideraciones merecen los artículos 40, 41, 42 y 60, en los cuales se debe reconocer facultad expresa al Auditor para reglamentar las materias a que estos se refieren y que será ejercida dentro del estricto ámbito de las competencias atribuidas a dicha autoridad.

Artículo 12. Se debe aclarar que a pesar de que a la CGR se le ha confiado la vigilancia de la gestión fiscal realizada con recursos de la Nación, ello no cobija las actuaciones que sean realizadas por la AGR con cargo a esos recursos.

Artículo 24. La función de advertencia que se pretende reconocer al Contralor General y a los contralores territoriales, también debe ser reconocida a la AGR, organismo que debe ejercer el control fiscal con los mismos principios e intensidad como se produce el ejercido por la CGR.

Artículo 25. Si bien es cierto que el legislador puede obligar a la CGR a rendir un informe acerca de los resultados alcanzados en ejercicio del control fiscal, no lo es menos que no puede confiar su debate a la Comisión Legal de Cuentas, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 274 de la C. P., esta función le corresponde a la AGR. El parágrafo debe ser eliminado.

Artículo 39. En esta disposición es necesario modificar su parágrafo que excluye a la AGR de aplicar los sistemas de control de gestión y de resultados en relación con la ejecución de las actividades funcionales y misionales a cargo de las contralorías, sistemas que estas sí aplican en el control que ejercen sobre los sujetos sometidos a su vigilancia.

Artículo 66 parágrafo 2° (Control fiscal sobre empréstitos)

Debe quedar claro en la norma del ejercicio de la facultad reconocida a la CGR se excluye a la AGR y que cuando estos sean adquiridos por entidades territoriales para ser atendidas con sus propios presupuestos; las contralorías territoriales son las competentes para el ejercicio del control fiscal; en el mismo sentido será necesario precisar que en caso de que para la financiación del empréstito concurran recursos nacionales y territoriales se observarán las mismas reglas establecidas para el ejercicio del control fiscal prevalente y concurrente.

Artículo 188. Esta norma pretende definir los supuestos en que será procedente ejercer el control fiscal por conducto de las empresas privadas colombianas contratadas para tal efecto, conforme a la autorización otorgada por el inciso 2° del artículo 267 de la Constitución Política.

En relación con este artículo quiero destacar que en criterio de esta Auditoría, es de la esencia del control fiscal, su naturaleza pública, y que mal puede el Estado desprenderse de tan fundamental función que sustenta el Estado Social de Derecho que acogió el constituyente de 1991, y que estamos obligados a consolidar quienes creemos que la rendición de cuentas a cargo de los que manejan fondos públicos, es una forma de fortalecer el verdadero estado social de derecho.

La disposición prevé que la contratación del control fiscal procede cuando la disponibilidad de recursos técnicos, económicos y humanos no permiten al órgano ejercer control fiscal en forma directa; se requieran conocimientos técnicos o especializados o, por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

No sobra advertir que por los efectos de la Ley 617 de 2000 de saneamiento fiscal, las contralorías territoriales han reducido su presupuesto y por tanto su capacidad operativa, técnica y de personal, destacando que las normas transitorias que suspendieron los efectos integrales de esta ley terminan en diciembre de 2005 y la reducción presupuestal será mayor y en esa medida se deberá acudir a la contratación privada del control fiscal, el cual se reitera no le conviene al sistema.

Adicionalmente se requiere precisar de qué manera se ejercerá el control fiscal que le corresponde a la AGR sobre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, en los eventos en que se haga uso de esta atribución, pues no queda claro si será procedente o no solicitar información a las empresas que ejerzan control fiscal o, tan solo a las contralorías. Para esta entidad es claro, que de habilitarse a particulares para ejercer el control fiscal que le corresponde a las contralorías, la vigilancia que le compete a la AGR se debe extender a las empresas contratadas pero limitada a la función desarrollada.

2.2. *En relación con el ejercicio del control fiscal*

Para la AGR sería conveniente que las actuaciones que se realizan dentro del proceso de responsabilidad fiscal tengan naturaleza judicial, adquieran el carácter de cosa juzgada una vez se decidan los recursos y solo puedan ser cuestionadas mediante recursos extraordinarios excepcionales, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en los precisos eventos establecidos por el legislador.

Se debe aclarar que no sería la primera vez que las actuaciones de organismos del Estado sean revestidas de naturaleza judicial y que una decisión de esa naturaleza garantizaría una pronta y adecuada recuperación de los valores en que es afectado el erario como consecuencia de una indebida gestión fiscal.

Hecha la aclaración anterior, es necesario precisar que en el evento en que la propuesta formulada por esta entidad no sea acogida, será necesario adentrarse en el análisis de las observaciones que merece el actual proyecto de ley, que continúa calificando los fallos con responsabilidad fiscal como administrativos y ha previsto la definición de un procedimiento especial aplicable para la determinación de esta particular forma de responsabilidad.

Artículo 3°. La definición del concepto de control fiscal es demasiado extensa y se amplía a aspectos que no deben ser tratados en esa norma. De allí que se proponga que se limite su contenido.

Artículo 9°. La Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha reconocido que la función de control fiscal tiene una naturaleza especial que debe ser definida por el legislador. En el proyecto se reitera su naturaleza administrativa y se impone en su ejercicio la observancia de principios propios de esa actividad. Es importante que en esta oportunidad se defina la naturaleza de los actos de control y se le diferencie de las demás actividades que son realizadas en el Estado.

Artículo 10. El título de la norma "Mecanismos para los organismos de control fiscal" no refleja el contenido de la norma; se podría modificar por el de "Mecanismos para el ejercicio del control fiscal" y verificar si es posible contemplar diferentes modalidades de Auditoría y definirlas en la norma, sin que constituyan camisas de fuerza para los organismos de control fiscal, que podrán aplicarla según la naturaleza de la actuación a evaluar y de los recursos que se tengan a disposición. Eso sí constituiría un avance para el ejercicio del control fiscal.

Artículos 21, 22 y 23. Las modalidades de control fiscal excepcional, prevalente y concurrente deben ser objeto de una reglamentación más exigente que impida que su aplicación pueda dar lugar al vaciamiento de las competencias reconocidas a las contralorías territoriales.

A pesar de que la facultad de ejercer control fiscal en forma excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales tiene fundamento constitucional (artículo 267 C. P.) el desarrollo legal que se pretende dar al mecanismo facilita que se continúe acudiendo a este mecanismo cuando un contralor territorial le resulta incómodo a alguna autoridad local.

Para la AGR el ejercicio de esta atribución debe ser restrictivo para que proceda únicamente en los casos en que la sociedad realmente lo requiere. En este sentido se propone que la solicitud de control fiscal excepcional pueda ser elevada por cualquier ciudadano o autoridad pública; siempre que dentro de los seis meses siguientes hubiese puesto en conocimiento de la contraloría departamental, distrital o municipal la ocurrencia de hechos que permitan inferir la posible afectación del patrimonio público y, dentro de este lapso el organismo no se hubiere pronunciado.

De esta forma se condiciona el ejercicio del control fiscal excepcional a la presunta negligencia de las autoridades fiscales locales y que en caso de no considerar procedente su intervención, el Contralor General de la República pueda ordenar a la contraloría la adopción de las medidas requeridas para garantizar que el recurso público expuesto a riesgo quede debidamente protegido.

Asimismo, con el objeto de hacer más exigente la aplicación de la figura se prohíbe que la autoridad local que pueda estar comprometida en la ocurrencia de los hechos respecto de los cuales se solicite el ejercicio del control fiscal excepcional, eleve la solicitud en forma directa o por conducto de un tercero, so pena de incurrir en falta gravísima sancionable a la luz del Código Disciplinario Único.

En relación con el control concurrente se debe precisar que de conformidad con los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, se tiene que tratándose de recursos de fuente exógena de las entidades territoriales procede el ejercicio del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, en la medida en que están conformados por las transferencias que realiza la Nación a favor de los departamentos, distritos y municipios. Para el ejercicio de esta clase de control la CGR no requiere ninguna autorización, pues lo hace en ejercicio de la competencia que constitucionalmente le ha sido asignada para vigilar el manejo de los recursos de la Nación.

Ha reconocido la referida Corporación que en los eventos en que la cuenta objeto de vigilancia esté conformada por recursos endógenos y exógenos de las entidades territoriales, el control fiscal de la CGR es concurrente con el que le corresponde realizar a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Ahora corresponde al legislador definir claramente de qué manera debe llevarse a cabo ese control concurrente, toda vez que para garantizar el principio del debido proceso de las personas involucradas en las evaluaciones realizadas por los referidos organismos se requiere contar con reglas de competencia claramente definidas.

Un sano criterio que se propone implementar consiste en definir la competencia del organismo fiscalizador en función al porcentaje de participación de recursos de la Nación en la ejecución de los proyectos u obras de carácter local, sin que ello signifique que la CGR no pueda en cualquier momento asumir el conocimiento del asunto si aparece siquiera sumariamente demostrado que el organismo de control fiscal territorial no se encuentra ejerciendo la función que le corresponde, de conformidad con las reglas que se pretenden definir en la Ley.

Como un mecanismo de control que garantice que las contralorías territoriales cumplen con la función de vigilancia fiscal sobre estos recursos, se propone que en los eventos en que le corresponda asumir la competencia remita informes semestrales a la CGR acerca de los resultados arrojados por la evaluación.

De esta forma se garantiza que las contralorías territoriales continúen ejerciendo la competencia que les ha sido constitucionalmente asignada, cediendo el ejercicio de tal atribución solo en los eventos en que el porcentaje de participación de los recursos de la Nación en la obra o proyecto sea superior al 50%.

Artículo 27. Con el objeto de dotar de efectivos instrumentos a las contralorías territoriales para la conformación de sus presupuestos, se sugiere incluir algunas previsiones que les permitan cobrar directamente el valor de las cuotas de auditaje y que se incorporen dentro de sus presupuestos, independientemente de la vigencia en que sean efectivamente recaudadas.

Artículo 29 a 31. A fin de que sea lo suficientemente clara la fecha en que los contralores territoriales deben cesar en el ejercicio de sus funciones, se propone que en este artículo se introduzcan modificaciones que permitan establecer fecha exacta de su posesión, fecha exacta de su retiro, causales de vacante temporal y absoluta y formas de suplirlas.

Artículo 32. En criterio de la AGR es necesario crear una carrera administrativa fiscal de aplicación uniforme por parte de todos los organismos de control fiscal, razón por la cual se sugiere que este artículo se convierta en un título del proyecto que desarrolle íntegramente la materia, garantizando la vinculación de personal técnico al servicio de las contralorías y de esta entidad.

Artículo 36 parágrafos 1°, 2° y 3°. Deben ser modificados con el objeto de evitar el vaciamiento de competencias de las contralorías territoriales y de impedir que la CGR someta al ejercicio de su control a la AGR.

En el parágrafo 2° del artículo 36 del proyecto de ley se establece que la Contraloría General de la República será el único organismo de control fiscal competente para ejercer vigilancia sobre los convenios, contratos y

proyectos administrados, o ejecutados por organismos internacionales que se encuentren financiados con recursos públicos.

Con esta previsión se faculta para que la CGR ejerza control fiscal sobre convenios, contratos o proyectos suscritos por las entidades territoriales con organismos internacionales. Aun en el evento en que estos se encuentren exclusivamente financiados con recursos propios o endógenos de los departamentos, distritos o municipios.

Lo anterior significa que en los supuestos contemplados por el proyecto de parágrafo, la Contraloría Territorial será completamente desplazada por la Contraloría General de la República.

Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la facultad otorgada a las contralorías territoriales para ejercer el control fiscal sobre los recursos endógenos de los departamentos, distritos o municipios, solo puede ser desplazada en los casos en que conforme a la ley, el Contralor General pueda ejercer el control fiscal excepcional.

El proyecto de parágrafo no sólo desconoce la regla sentada por la Corte Constitucional en la materia, sino que adicionalmente conlleva un vaciamiento de las competencias atribuidas a los referidos organismos de control fiscal.

Adicionalmente, en el parágrafo 2° del artículo 36 del proyecto de ley se establece que son sujetos de la vigilancia de la gestión fiscal aquellos respecto de los cuales se ejerzan los controles, excepcional, prevalente y concurrente.

En los términos en que se encuentra redactado el parágrafo es posible inferir que en los eventos en que se ejerza control fiscal excepcional la CGR asume el control fiscal permanente sobre el sujeto, con lo cual se desconoce que la competencia adquirida en desarrollo de esa figura es temporal, y solo para los asuntos (cuentas) a los cuales se refiere la solicitud.

La norma mencionada debe ser objeto de precisión conforme a la definición de unas reglas claras y exigentes que permitan restringir el uso de la figura del control fiscal excepcional, y la forma en que operan el control fiscal prevalente y concurrente reconocido por la Corte a favor de la CGR. De esta forma se impedirá que a través del uso de las figuras continúe propiciándose el vaciamiento de la competencia reconocida a las contralorías territoriales.

Artículo 41. Se estima conveniente cambiar la redacción para que sea claro que todos los organismos de control fiscal deben adoptar un plan para el ejercicio de las labores de Auditoría, que deberá ser adoptado dentro de los primeros días hábiles de cada año, el cual podrá ser objeto de ajustes en la medida en que nuevas circunstancias lo impongan.

Artículo 45. Se propone adicionar el artículo para permitir que la ejecución de las actividades funcionales y misionales también deban ser objeto de aplicación del sistema de control fiscal de legalidad.

Artículo 47. Es necesario aclarar dentro del sistema de control de resultados, que habrá lugar a efectuar un análisis especial del cumplimiento de los principios de equidad y valoración de los costos ambientales, cuando en el proyecto o actividad se les deba dar estricta observancia.

Artículo 48. La definición de la forma y oportunidad en que se debe llevar a cabo el control fiscal sobre la contratación estatal debe ser objeto de ajuste, para que proporcione mayor claridad a los supuestos sentados por la Corte Constitucional en sentencias que han analizado el tema.

Artículos 50 a 57. Son múltiples los problemas que se han venido presentando por la indebida comprensión de lo que constituye una cuenta para efectos fiscales y los supuestos que se deben tener en cuenta para otorgar su fenecimiento. Estas disposiciones no arrojan claridad sobre estos aspectos, confunden el responsable de rendir la cuenta con quien puede ser responsabilizado fiscalmente y omiten por completo lo relativo al otorgamiento del fenecimiento.

Artículos 62 y 63. No es claro en qué momento se debe someter a la consideración del Gobierno, el Congreso y de la ciudadanía los informes a que se refiere este artículo. En su primer inciso se hace alusión a los primeros 10 días de la legislatura, y el artículo 63 establece unos plazos especiales para el informe de Auditoría del balance que contradicen el término atrás enunciado.

Artículo 67. En lugar de deferir al Contralor General la definición de las entidades obligadas a incluir en todo proyecto de inversión, convenio, contrato o autorización que involucre un impacto ambiental, el deber de valorar el costo o beneficio de la actividad, el legislador puede establecer directamente este deber.

Artículos 144 y 145. La AGR no está de acuerdo con mantener la figura del certificado de antecedentes fiscales, y menos cuando se faculta para cobrar por este documento suma muy superior a la que en la actualidad se cancela por concepto de antecedentes disciplinarios.

En la forma en que se encuentra regulado en la actualidad el certificado de antecedentes disciplinarios, este debe contener no sólo los registros de sanciones de esta naturaleza sino adicionalmente todas las responsabilidades fiscales pendientes de pago que dan lugar a la aplicación de la inhabilidad especial. De allí que no tenga sentido crear un certificado de antecedentes fiscales si el pago de la deuda permite que la persona pueda ser libremente contratada o vinculada al servicio de la administración.

La figura de los antecedentes fiscales introduce un trámite más que no es necesario en la medida en que la información que este debe contener debe aparecer reflejada en el certificado de antecedentes disciplinarios, razón por la cual se sugiere que esta previsión desaparezca.

Artículo 177. En esta norma se faculta para que las contralorías territoriales puedan ser beneficiadas con los remanentes de los títulos de depósito judicial, que dentro del año siguiente a la terminación del proceso no hubieren sido reclamados por los ejecutados o respecto de los cuales no hubiere sido posible ubicar a su titular.

De considerarse procedente aprobar esta medida, se debe tener en cuenta que en esta disposición se prevé que estos recursos sean utilizados en programas de bienestar social y capacitación de los funcionarios, sin que sea claro de qué manera van a ingresar en sus presupuestos. Si se tiene en cuenta que los presupuestos de las contralorías territoriales se encuentran sujetos a los límites de gasto establecidos en la Ley 617 de 2000, se requiere aclarar que tales sumas no se computarán para fijar los límites.

2.3. *En relación con el proceso de responsabilidad fiscal*

Para la AGR sería conveniente que las actuaciones que se realizan dentro del proceso de responsabilidad fiscal tengan naturaleza judicial, adquieran el carácter de cosa juzgada una vez se decidan los recursos y solo puedan ser cuestionadas mediante recursos extraordinarios excepcionales, ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en los precisos eventos establecidos por el legislador.

Se debe aclarar que no sería la primera vez que las actuaciones de organismos del Estado sean revestidas de naturaleza judicial, y que una decisión de esa naturaleza garantizaría una pronta y adecuada recuperación de los valores en que es afectado el erario como consecuencia de una indebida gestión fiscal.

La propuesta que en los próximos días presentará la AGR a consideración de los honorables Senadores desarrolla esta propuesta.

Hecha la aclaración anterior, es necesario precisar que en el evento en que la propuesta formulada por esta entidad no sea acogida, será necesario adentrarse en el análisis de las observaciones que merece el actual proyecto de ley, que continúa calificando los fallos con responsabilidad fiscal como administrativos, y ha previsto la definición de un procedimiento especial aplicable para la determinación de esta particular forma de responsabilidad.

En relación con esta materia es posible agrupar las observaciones sin necesidad de hacer alusión a los artículos que deben ser modificados, pues es posible entender su necesidad de modificación a partir de unas precisas consideraciones:

2.3.1. Clasificación de los procesos y definición de reglas aplicables.

A pesar de que en el proyecto se intenta clasificar el proceso de responsabilidad fiscal en ordinario, de única instancia verbal y de reintegro por recibir doble asignación del tesoro, no se advierte cuál es el beneficio que se puede derivar de ello, además de que este último no aparece expresamente regulado a pesar de que dentro del proyecto se hace permanente mención a él. A lo anterior se suma el hecho de que las cuantías que definen la aplicación de cada procedimiento fácilmente conducen a que los procesos que se tramiten en muchas contralorías territoriales sean de única instancia, a pesar de que cuenten con una infraestructura que les permita garantizar el principio de la doble instancia.

Resulta más adecuado establecer un procedimiento aplicable para la generalidad de los casos que pueda ser de única o doble instancia

dependiendo de que el Contralor haga uso de la facultad de delegación y, un procedimiento especial que podría tener naturaleza y regulación similar al procedimiento verbal regulado por la Ley 734 de 2002, aplicable solo para casos de grave repercusión nacional y en asuntos de mínima cuantía. Esto permitiría solucionar el problema de la falta de oportunidad que se advierte en los pronunciamientos emitidos por los organismos de control fiscal, y que la doble instancia no dependa de cuantías que en su gran mayoría solo maneja la CGR.

2.3.2. Unificación del auto de apertura y del auto de imputación de responsabilidad fiscal. En el proyecto se prevé que dentro del proceso ordinario y de única instancia la imputación a los presuntos responsables se realice en el auto de apertura de investigación, auto que adicionalmente constituye el acto de vinculación al proceso.

Se estima que el procedimiento establecido en la Ley 610 de 2000 se encuentra mejor estructurado al diferenciar la apertura del proceso del acto de formulación de cargos fiscales, pues ello garantiza de manera adecuada el debido proceso y el derecho de defensa a los presuntos implicados.

En este sentido se propone retomar el procedimiento establecido en la Ley 610, aclarando que el auto de apertura de investigación constituye el acto de vinculación al proceso, y que cualquier vinculación posterior se efectuará mediante auto que contenga los mismos requisitos que el de apertura del proceso.

Es oportuno reiterar que el proyecto debe corregirse, para que la vinculación de nuevos presuntos responsables solo sea admisible hasta antes de la adopción del fallo con responsabilidad fiscal.

2.3.3. Medidas cautelares y su imposición dentro del trámite del proceso de responsabilidad fiscal.

Dentro del esquema propuesto anteriormente, se sugiere reconocer no solo la posibilidad de decretar medidas cautelares desde la apertura del proceso, sino la obligatoriedad de decretarlas a partir del auto de imputación de responsabilidad fiscal pues en ella existe casi la certeza acerca de la responsabilidad fiscal de los presuntos implicados. De esta manera se evita que los investigados se insolventen y puedan contar con bienes suficientes que amparen el pago de la obligación definida en el fallo con responsabilidad fiscal.

2.3.4. Posibilidad de imponer sanciones a quienes no suministren las pruebas solicitadas dentro de procesos de responsabilidad fiscal.

Con el objeto de garantizar que las solicitudes formuladas por los organismos de control fiscal dentro de los procesos de responsabilidad sean atendidas oportunamente y los procesos se puedan tramitar dentro de los términos previstos, se propone reconocer a los funcionarios que tengan a su cargo el trámite de estas actuaciones, facultades para imponer multas hasta de 5 salarios mínimos legales a quienes desatiendan esta clase de requerimientos.

En el mismo sentido se propone reconocer a estos funcionarios la facultad de acudir a las autoridades de policía para que por su conducto se pueda hacer comparecer a testigos renuentes. Una previsión similar le ha sido reconocida a la Procuraduría General y la Corte ya la ha reconocido ajustada a la Carta.

Esta facultad se aplicaría también frente a la desatención de las solicitudes formuladas dentro de los procesos sancionatorios fiscales y de jurisdicción coactiva de conocimiento de los organismos de control fiscal.

2.3.5. Causales eximentes de responsabilidad fiscal.

A pesar de que en el artículo 102 del proyecto se afirma que el fallo sin responsabilidad fiscal procede, entre otros eventos, cuando se demuestre una causal eximente de responsabilidad fiscal. Debe señalarse que en ninguna parte del proyecto se mencionan los supuestos que son considerados como causales eximentes de responsabilidad fiscal, por lo que se hace necesario entrar a definirlos.

2.4. *En relación con el proceso sancionatorio fiscal.*

2.4.1. Naturaleza de las actuaciones sancionatorias.

La Corte ha aclarado que las sanciones fiscales no tienen naturaleza disciplinaria y, por tanto, no se les puede confundir con ellas. Es necesario aclarar dentro del proyecto este aspecto y precisar que esta clase de sanciones no generan antecedente alguno.

2.4.2. Clases de sanciones aplicables.

En el proyecto se continúa conservando la facultad de imponer sanciones de amonestación o llamado de atención, limitando su procedencia para los eventos en que se advierta que los sujetos de control han actuado contrariando los principios que rigen la gestión fiscal, o han obstaculizado las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal.

De esta forma se conserva una modalidad de sanción que no tiene ninguna repercusión real, y se admite su procedencia frente a situaciones tan graves como obstaculizar las actuaciones adelantadas para deducir la responsabilidad fiscal. En criterio de la AGR esta modalidad de sanción debe eliminarse.

2.4.3. Reducción de las multas aplicables por los organismos de control fiscal.

En la actualidad el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 permite imponer multas hasta por el valor equivalente a 5 salarios devengados por el sancionado, siempre que incurra en las conductas descritas por la norma.

En el proyecto las conductas merecedoras de multa se independizan y su valor corresponderá a un porcentaje del salario mensual devengado por el sujeto de control fiscal.

La AGR no está de acuerdo conque el valor de las multas que se pueden imponer se reduzca de manera tan drástica, pues ellas tienen por objeto remover los obstáculos que se presentan para el adecuado ejercicio del control fiscal, y si estas no son altas no generarán el efectivo disuasivo requerido.

2.4.4. Causales de Justificación de la conducta.

Al igual de lo que ocurre dentro del proceso de responsabilidad fiscal para esta clase de actuaciones no se contemplan supuestos en los cuales se pueda considerar justificada la conducta asumida por el responsable del erario vinculado a la actuación. Esta situación impone identificarlas, pues deben ser compatibles con el tipo de actuación que se adelanta.

2.4.5. Multa por el no-fenecimiento de la cuenta (artículo 153).

Dentro del marco normativo vigente es posible negar el fenecimiento de la cuenta por la presencia de irregularidades que no conllevan la ocurrencia de detrimento al patrimonio público casi se podría afirmar que el no-fenecimiento es la regla general y el fenecimiento de la cuenta la excepción.

En el proyecto de ley no se establecen cuales son los parámetros generales conforme a los cuales será posible otorgar o negar el fenecimiento de las cuentas; de allí que contemplar la posibilidad de imponer multas a los responsables de las cuentas no se considere adecuado.

Si en el proyecto de ley se corrige esta deficiencia y se establece claramente en qué eventos procede el fenecimiento de la cuenta, será posible contemplar la sanción de multa prevista en el artículo al cual se hace mención.

2.4.6. Multas por el incumplimiento de los deberes y obligaciones de control fiscal (artículo 155).

En la actualidad el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, prevé la posibilidad de imponer multas a quienes incumplan "con sus demás *obligaciones fiscales",* concepto jurídico indeterminado que ha dado lugar a diferente tipo de interpretaciones por parte de los organismos de control fiscal.

En el artículo 155 del proyecto ya no se hace referencia a las obligaciones de carácter fiscal sino a cualquier deber u obligación de control fiscal, concepto jurídico también indeterminado que demanda de una debida definición, a efecto de garantizar el debido proceso dentro de esta clase de actuaciones y de que sea correctamente aplicado por parte de los organismos de control fiscal.

2.4.7. Redefinición del campo de aplicación del proceso sancionatorio fiscal.

Como ya se expresó anteriormente, los organismos de control fiscal requieren reconocimiento de facultades sancionatorias que les permitan remover los obstáculos que se presentan en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva, y que impiden obtener las pruebas o la aplicación de las medidas dentro de la oportunidad debida.

Lo anterior permite suponer que los responsables del manejo del recurso público no solo serán objeto de la imposición de sanciones fiscales, sino adicionalmente todo aquel funcionario o particular que desatienda injustificadamente las solicitudes elevadas por los organismos de control fiscal.

De reconocerse esta facultad, será necesario modificar el texto del artículo 157 del proyecto, que tan solo reconoce la posibilidad de imponer las sanciones previstas a los servidores públicos y a los particulares que manejen o administren fondos o bienes públicos.

2.4.8. Procedimiento aplicable para la imposición de sanciones fiscales.

Uno de los problemas que se presenta en la actualidad para el adecuado ejercicio de las facultades sancionatorias reconocidas a las contralorías, está relacionado con la falta de definición del procedimiento que debe observarse.

A pesar de que en la ley se encuentran claramente definidas las reglas aplicables para la imposición de sanciones fiscales, se estima que los términos previstos deben ser recortados al máximo posible toda vez que se requiere que se puedan adoptar dentro del menor tiempo posible, sin que esto signifique sacrificio al principio del debido proceso.

2.4.9. Caducidad de la facultad sancionatoria y prescripción del proceso.

En vigencia de la Ley 42 de 1993, los organismos de control fiscal cuentan con el término de 3 años para ejercer la facultad sancionatoria. Lo anterior en aplicación de lo previsto en el artículo 38 del C. C. A., que de acuerdo con la interpretación que ha dado la jurisprudencia, obliga a adelantar el proceso e imponer la sanción dentro del referido término.

En el proyecto de ley se pretende ampliar el término para dar aplicación a la caducidad en forma similar a como se encuentra prevista para el proceso de responsabilidad fiscal; además se define un término especial de prescripción para tramitar el proceso sancionatorio.

Si se tiene en cuenta que la facultad reconocida en esta materia tiene por objeto remover los obstáculos que se presenten para el adecuado ejercicio del control fiscal, las sanciones que se impongan deben caracterizarse por su oportunidad.

Para la AGR esta norma debe ser objeto de modificación precisando que los organismos de control fiscal tendrán tres años contados a partir de la realización de la conducta para imponer la sanción, la cual debe quedar debidamente ejecutoriada dentro de ese lapso.

2.5. *En relación con el proceso de jurisdicción coactiva.*

2.5.1. Caducidad de la acción de cobro y prescripción del proceso ejecutivo (artículo 174).

Es importante precisar el término previsto en el proyecto, resulta muy corto si se tiene en cuenta que la gran dificultad que se presenta para la recuperación de los detrimentos, obedece a la situación de insolvencia en que se encuentran los investigados.

En criterio de la AGR la nueva ley debe aclarar que el término de prescripción del proceso ejecutivo es de diez (10 años), lo que permitirá que en cualquier momento en que aparezcan bienes de los responsables, estos puedan ser objeto de medidas de embargo y remate y con su producto satisfacer el daño patrimonial causado al Estado.

2.5.2. Identificación de los títulos ejecutivos que pueden ser exigidos por los organismos de control fiscal (artículo 162).

Se considera necesario precisar de manera más técnica la identificación de los títulos que pueden ser exigidos coactivamente por las contralorías y la AGR, a fin de que la norma no quede tan extensa y cobije todas las hipótesis posibles.

2.5.3. Precisión en la identificación de las excepciones que pueden ser propuestas dentro del proceso de jurisdicción coactiva (artículos 164 y siguientes).

El artículo 164 enumera las excepciones que pueden ser propuestas en contra del mandamiento de pago, sin indicar si se trata de las únicas que pueden ser propuestas dentro de esta clase de procesos. Cuáles son previas y de trámite, cuáles pueden ser alegadas con ocasión a la interposición del recurso de reposición y cuáles como excepciones propiamente dichas.

Pareciera que la intención de la norma fue superar la constante remisión, que en esta materia debe hacerse a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan esta clase de procedimientos. Sin embargo, el objetivo propuesto no se logra debido a que la norma no es lo suficientemente clara. La AGR propone modificar su redacción e identificar de manera clara, cuáles son las únicas excepciones admisibles dentro del proceso de jurisdicción coactiva, así como la oportunidad para invocarlas.

2.5.4. Definición de parámetros conforme a los cuales pueden celebrarse acuerdos de pago.

En la actualidad la Ley 42 contempla la posibilidad de que en el trámite de los procesos de jurisdicción coactiva se suscriban acuerdos de pago, sin que la norma fije parámetros claros para su otorgamiento.

El proyecto de ley que pretende derogar íntegramente la Ley 42 de 1993, no contempla siquiera la figura de los acuerdos de pago, que para efectos de obtener el resarcimiento de los detrimentos ocasionados al patrimonio público, constituye una valiosa herramienta.

La AGR propone que el proyecto sea adicionado con normas que regulen claramente la figura.

2.5.5. Ampliación del plazo respecto del cual es posible ejercer las acciones revocatorias.

No obstante que en el proyecto se pretende definir de manera más adecuada el plazo respecto del cual es posible ejercer las acciones revocatorias, con las cuales se busca recomponer el patrimonio del investigado que se ha insolventado para eludir el pago del detrimento causado. En criterio de la AGR este debería extenderse hasta un año antes de que se inicie la indagación preliminar o el proceso de responsabilidad fiscal.

Lo anterior con el objeto de que queden cobijadas dentro de las actuaciones susceptibles del ejercicio de las acciones revocatorias, todas aquellas realizadas en el momento en que el presunto responsable tenía a su cargo el manejo de fondos o bienes públicos o podía incidir de manera directa en el desarrollo de la gestión fiscal.

Sin duda, una medida de esta naturaleza garantizará que los organismos de control fiscal puedan contar con recursos que satisfagan el detrimento ocasionado sobre el patrimonio público.

Con el mejor propósito les reitero mi disponibilidad para participar activamente en su discusión y trámite del proyecto de la referencia.

Atentamente,

Clara Eugenia López Obregón,
Auditora General de la República.

Viceprocurador General

Bogotá, D. C., 10 de mayo de 2004

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4° transitorio, parcial, del Acto Legislativo número 03 de 2002, *por el cual se reforma la Constitución.*

Actores: *Darío Fernando Ruiz Millán y Juan Darío Contreras Bautista.*

Magistrado Sustanciador: doctor *Rodrigo Escobar Gil*.

Expedientes números D–5032 y D–5041 (Acumulados).

Concepto número 3556.

Una vez esa Corporación admitió el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, para conocer del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 17 del Decreto 262 de 2000, y con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242, numerales 2 y 278, numeral 5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto dentro del proceso de constitucionalidad adelantado por esa Corporación con motivo de la demanda que, contra el inciso segundo artículo 4° transitorio del Acto Legislativo número 03 de 2002, formularon los ciudadanos Darío Fernando Ruiz Millán y Juan Darío Contreras Bautista, por haber transgredido el Congreso de la República el límite al poder de reforma de la Constitución.

1. Competencia de la Corte para conocer de la presente demanda

De conformidad con el antecedente jurisprudencial contenido en la sentencia C–551 de 2003, la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto planteado en la demanda de la referencia, toda vez que ella gira en torno a vicios de competencia en que presuntamente incurrió el Congreso de la República al facultar al Presidente de la República para expedir una determinada normativa, incursionado en el ámbito de competencia del Constituyente Primario.

2. Antecedentes

2.1. Inadmisión inicial de la demanda

La acusación formulada por los ciudadanos Ruiz Millán y Contreras Bautista contra el inciso segundo del artículo 4° Transitorio del Acto

Legislativo número 03 de 2002 parcial, fue inicialmente inadmitida por el Magistrado Sustanciador, mediante auto de fecha 5 de febrero, por cuanto "ninguno *de los* accionantes argumenta de qué manera la disposición acusada se *traduce en* tal sustitución total de la Constitución, ni *siquiera* aportan *elementos de juicio que* permitan inferir una sustitución parcial".

Por esta razón, el Magistrado Sustanciador planteó que para la estructuración de un cargo apto en el asunto de la referencia, los actores debían "mostrar, *así sea someramente, que* una determinada modificación *del Texto Superior comporta* una sustitución *de* la Constitución *e* implica, *por* consiguiente, el *desbordamiento de las competencias del poder de reforma constitucional* para incursionar *en ámbitos reservados al poder* constituyente *primario".*

Y que para demostrar que tal sustitución se había dado, la acusación debía encuadrarse dentro de los parámetros trazados por la Corte en la sentencia C–551 de 2003, en la cual esa Corporación estableció los requisitos, sin cuyo cumplimiento y verificación no es posible entender estructurado un cargo por sustitución de la Constitución.

Tales requisitos son los siguientes:

1°. Es preciso distinguir "entre el poder constituyente, en *sentido estricto* o *poder constituyente* primario u originario, y el poder de reformar o poder constituyente *derivado o* secundario".

2°. Es necesario argumentar como "si bien (la Constitución) no establece cláusulas pétreas ni principios intangibles, tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución".

3°. Es necesario demostrar cómo "el poder de reforma puede *modificar* cualquier *disposición del* texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución".

4°. El último requisito referido al juez constitucional está igualmente establecido en la sentencia citada, en los siguientes términos: "para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios *y* valores que la constitución contiene, *y* aquellos que surgieren del bloque de *constitucionalidad (...)".* (Subraya el Despacho.)

De allí que, según lo planteado por el Magistrado Sustanciador más adelante:

"(...) es necesario *que los* accionantes argumenten a partir de los valores u principios contenidos en la Carta *Fundamental y aquellos (lile* emanan *del* bloque de coi*nstitucionalidad; cómo el* Congreso invadió la órbita soberana del pueblo, para lo cual no basta con señalar la *existencia de una* simple contradicción *entre la* norma constitucional anterior y la nueva disposición, sino que, *a juicio* de esta Corporación, resulta indispensable demostrar, en qué *medida dicha transformación constitucional* es esencialmente opuesta e integralmente *diferente a* la forma de organización política consolidada en la Carta Magna y que fue creada y promulgada por el *poder constituyente* primario" (subraya el Despacho).

Con base en las anteriores consideraciones el Magistrado Sustanciador inadmitió las demandas de la referencia y señaló que era necesario que estas fueran corregidas dándole cumplimiento a los requerimientos antes mencionados "y, *en especial, formulando un verdadero cargo de* inconstitucional (sic) *por exceso de poder de reforma, que demuestre por qué el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir las normas legales necesarias para adoptar el nuevo sistema de justicia penal implica un cambio de una* magnitud *u trascendencia que transforme real* u *materialmente la Constitución o la forma de organización política en otra opuesta o integralmente diferente".*

Dentro del plazo establecido para el efecto los demandantes procedieron a la corrección requerida, con los planteamientos que a continuación se exponen:

3. Planteamientos de los demandantes.

3.1. Según el ciudadano Ruiz Millán el Congreso de la República desbordó el límite de su competencia para reformar la Carta Política, por las siguientes razones:

3.1.1. El Congreso de la República sustituyó integralmente la Constitución al desconocer la organización del Estado creada por el Constituyente primario, debido a que con la entrega al Ejecutivo de facultades atribuidas a él como cabeza de uno de los poderes públicos quebrantó uno de los principios fundamentales que orientan filosóficamente la estructura del Estado de Derecho, cual es el de la separación de los poderes.

3.1.2. Desconociendo los límites del poder de reforma que le corresponde como Constituyente derivado, el Congreso de la República destruyó la estructura misma de la Constitución, al permitir el desbordamiento del poder político de la Rama Ejecutiva del poder Público mediante el otorgamiento de las facultades contempladas en el aparte acusado del Acto Legislativo bajo estudio, con lo cual rebasó sus propias facultades, pues delegó lo que era indelegable habida cuenta del mandato del Constituyente primario.

3.1.3. La total sustitución de la Carta con la medida adoptada por el Congreso se evidenciaría con su aplicación, puesto que a partir de las facultades en ella otorgadas se estructurarían una organización política totalitaria con concentración del poder en la Rama Ejecutiva del Poder Público. Las instituciones o reformas de carácter autoritario están fuera de lugar en un modelo democrático, por lo que pretender implantar un Estado autoritario implicaría la adopción de principios diferentes a los que estructura la Carta de 1991.

3.1.4. La delegación de funciones prevista en el aparte de la norma demandada subvierte el orden constitucional por cuanto permite al Ejecutivo, una vez cumplida la condición allí establecida, legislar sobre la libertad de los asociados, al autorizarlo para expedir códigos y leyes Estatutarias que guardan relación con este derecho, principio fundante del Estado de Derecho, lo cual está totalmente reservado a la Rama Legislativa, como lo ha advertido la propia Corte Constitucional. Ello, por cuanto al ser ese derecho principio fundante del Estado, su restricción solo es procedente cuando la asume el Legislativo en virtud de la estricta reserva legal establecida en la Constitución.

3.1.5. Sí, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución el Constituyente originario estableció la prohibición para expedir códigos, el Acto legislativo en su parte impugnada constituye un acto de sustitución total del sistema democrático, en tanto pretende despojar al legislativo de facultades de las que no puede desprenderse en virtud de las normas fundantes de la estructura del Estado.

3.1.6. El poder de reforma del Constituyente derivado no es absoluto, pues debe respetar los principios que inspiraron al constituyente originario, los cuales no son solo los contemplados por el derecho interno sino los adoptados por las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad que el Estado se ha obligado a observar.

3.2. Por su parte, el ciudadano Contreras Bautista en el escrito de corrección de su demanda planteó los siguientes argumentos en relación con el presunto desbordamiento del ámbito de competencia del poder de reforma del Congreso de la República, así:

3.2.1. La Asamblea Nacional Constituyente asignó como facultad exclusiva del Congreso la expedición de códigos en todos los ramos de la legislación y de leyes estatutarias, negando totalmente el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente para tales efectos. Esta prohibición se sustenta en la necesaria e indispensable división del poder, en forma tal que sus funciones se repartan entre las distintas ramas que lo conforman y no se concentren en una sola de ellas, con el fin de evitar que se desfigure el modelo estatal concebido por el constituyente.

De ello se derivan los límites impuestos al Congreso cuando este se desprende de su competencia esencial cual es la de legislar, sobre todo cuando esta competencia se ejerce sobre materias vinculadas de manera irrescindible con los fundamentos del orden constitucional, entre las cuales se cuentan la libertad y las garantías para su protección.

El otorgamiento de facultades extraordinarias es válido en un Estado de Derecho en la medida en que se observen esos límites, en forma tal que no desfiguren esta forma de Estado.

3.2.2. El Congreso de la República, en ejercicio de la función de reforma, no puede desconocer lo que es el sustrato conceptual e histórico del Estado de Derecho, de acuerdo con el cual, el poder se distribuye en ramas y órganos con funciones específicas, algunas de las cuales son intransferibles en razón de su naturaleza, a diferencia del Estado absolutista en que el poder se encontraba concentrado en una persona o institución.

3.2.3. Con la fijación del límite para ejercer su función legisladora en temas que son vitales para la sobrevivencia del sistema democrático, como es el caso de los temas previstos en el inciso acusado en los cuales la libertad y el debido proceso constituyen el eje central de regulación, el Congreso se despoja de una función que sólo él, como órgano de representación popular, puede ejercer en la forma de Estado correspondiente a ese sistema. Luego permitirle al Ejecutivo que regule temas esenciales a esta forma de Estado, es aceptar que el fundamento de la misma se subvierta.

Es por ello que el Constituyente de 1991 se vio precisado a diseñar una forma de leyes muy especiales para la regulación de tales temas que denominó Estatutarias por ser la prolongación misma del estatuto constitucional, razón por la cual estas leyes no pueden emanar del Ejecutivo, ya que, de ser así, se le estaría reconociendo a este la capacidad Constituyente que jamás ha tenido en un régimen democrático.

3.2.4. Dado que es a través de la expedición de los códigos y leyes estatutarias de la administración de justicia, y de regulación de los derechos fundamentales y de los procedimientos y recursos para su protección, cómo los jueces ejercen su función de administrar justicia en un campo como el penal en donde el derecho a la libertad está en juego, el Constituyente decidió que de tal expedición se encargara directamente el Congreso de la República, como una expresión del principio de separación de las ramas del poder público, con el fin de preservar la justicia como valor, principio, derecho y fin constitucional y del principio democrático, de acuerdo con el cual el Congreso representa al pueblo y en su nombre dicta la ley.

3.2.5. Con la concesión de las facultades extraordinarias cuestionadas se vulnera la competencia exclusiva del Constituyente primario para modificar las bases mismas del Estado de Derecho, y junto a ello se desconoce el valor del principio fundamental de la soberanía popular, ya que con el otorgamiento de tales facultades, el Congreso olvida que sólo el pueblo es quien puede decidir si el Presidente puede asumir funciones que en la tradición del Estado de Derecho nunca ha tenido.

4. Problema jurídico

Corresponde al Ministerio Público determinar, si con el otorgamiento de facultades al Presidente de la República mediante el Acto Legislativo número 03 de 2002, para que expida, modifique o adicione los cuerpos normativos correspondientes en leyes estatutarias y códigos, a efectos de dar operatividad al sistema acusatorio, el Congreso desbordó los límites de su poder de reforma.

Al respecto, el Viceprocurador General de la Nación ha de conceptuar lo siguiente:

5. La distinción entre el poder constituyente y el poder de reforma de la Constitución y su consecuencia, los límites del poder de reforma constitucional.

5.1. Habida cuenta de que la distinción establecida por el constitucionalismo occidental entre las nociones de poder constituyente primario o el poder de dictar la Constitución de un Estado y el poder de reforma o poder para modificarla, es el camino señalado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional contemporánea para determinar los alcances de uno y otro poder y, por ende, los límites al poder de reforma, camino recorrido ya en distintas oportunidades por la jurisprudencia y doctrinas nacionales con igual finalidad, el Despacho considera pertinente retomar los términos en que esa distinción ha sido realizada por la Corte Constitucional colombiana, particularmente en las sentencias C–544 de 1992 y C–551 de 2003, porque es esa distinción la que permitirá establecer el marco teórico para dilucidar el problema planteado en el presente proceso, el cual consiste precisamente en el supuesto desbordamiento de los límites del poder de reforma de la Constitución Política.

5.2. Desde el punto de vista conceptual como metodológico, si de lo que se trata de determinar en el presente proceso de constitucionalidad es si el Congreso en su condición de constituyente derivado, transgredió su ámbito de competencia para reformar la Constitución por haberla sustituido, entonces el primer paso que ha de darse en el examen del problema planteado es precisar qué determina el ámbito de competencia del poder de reforma que le corresponde al Congreso. En segundo lugar qué significa sustituir la Constitución, para posteriormente establecer porque sustituir la Constitución es asunto privativo del poder constituyente primario, del que están excluidos los órganos que solo tienen la capacidad de reformarla.

5.3. En ese orden de ideas, sea lo primero decir que, como consecuencia lógica de la adopción del principio de la soberanía popular como principio base, esencial del ordenamiento jurídico político democrático, el poder constituyente radica en el pueblo, lo cual significa que quienes conforman la comunidad política, los ciudadanos en su conjunto, ejercen a plenitud su poder político para decidir acerca del *modo y la forma de su existencia política.* En el contexto del pensamiento filosófico político democrático derivado del principio de la soberanía popular, es el pueblo el que tiene y conserva la *potestad de darse una Constitución.*

Luego, por tratarse de una voluntad política de índole fundacional en lo que al ordenamiento jurídico político se refiere, la decisión del poder constituyente es incondicionada, no está sujeta a límites jurídicos, como lo ha reconocido tradicionalmente nuestra jurisprudencia. La Corte Constitucional lo ha expresado en los siguientes términos:

> *"(...) el poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad".* (Sentencia C–544 de 1992) (subraya el Despacho).

Por su parte, el poder de reforma, entendido como *"la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces de la Constitución misma",* es un poder establecido por la misma Constitución, esto es, por el constituyente primario que es quien la dicta, por ello él mismo ha de ejercerse dentro de las condiciones fijadas por él, las cuales pueden comprender entre otros aspectos, asuntos de competencia y procedimiento.

Es esa razón por la cual, como lo señala la Corte, aun cuando con alguna imprecisión a juicio de este Despacho, el poder de reforma es un poder constituyente derivado, y, es esa también la razón por la que se define con toda justeza, por parte de la jurisprudencia y la doctrina como un poder limitado, en tanto es poder instituido y condicionado por la Constitución.

Así las cosas, el poder de reforma instituido por la Constitución Política de 1991 en su título final, título en el cual aparecen consignadas por el Constituyente las normas superiores que rigen las formas y, por ende las competencias para ejercer ese poder, deberá sujetarse a las condiciones procedimentales y de competencia allí establecidas. Es de recordar aquí que, en el articulado de este título, está previsto el acto legislativo como uno de los mecanismos constitucionales idóneos para llevar a cabo tal reforma por parte del Congreso de la República.

5.4. En lo que a los límites de competencia del poder de reforma se refiere, la Corte Constitucional en la sentencia C–551 de 2003, reconoció su existencia. En dicho fallo se advierte que si bien el Constituyente no previó cláusulas pétreas ni principios inmodificables en la Carta Política de 1991, cualquier artículo de esta Carta puede ser modificado, sin que ello signifique que el poder de reforma no tenga límites, pues el poder de reforma está **inhabilitado para cambiar la Carta,** derogándola mediante la utilización de uno cualquiera de los mecanismos previstos en el Título XIII de la Constitución para ejercer ese poder.

De allí que el límite de competencia del poder de reforma consista en la incapacidad de este poder para transformarla. Luego, al establecerse como condición del ejercicio de esa facultad el que no pueda adelantarse por fuera de los marcos de la reforma misma, significa ello que existen *temas vedados a su capacidad (la del Congreso) de reformar la Constitución* (sentencia C–551 de 2003.) De allí la denominación alterna que trae la doctrina de *límites materiales* al poder de reforma.

El criterio planteado en ese sentido fue sustentado por la Corte Constitucional sobre la base de la interpretación literal del aparte normativo en que, precisamente esa capacidad de reforma es reconocida por la Constitución, según el cual *"la Constitución podrá ser reformada"* (artículo 374 de la Constitución Política). Sobre el particular se señaló en la precitada providencia:

> *"De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta pueda ser sustituida por otra Constitución. Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que le introduzcan".* (Sentencia C-551 de 2003) (subraya fuera de texto).

He aquí pues, el límite material del poder de reforma constitucional que no puede ser sobrepasado por sus titulares a riesgo de penetrar en terrenos que son del constituyente originario, quien según la teoría constitucional y la propia jurisprudencia constitucional colombiana, *es el único autorizado para derogar la Constitución vigente y sustituirla por otra.*

6. El asunto de la identidad de la Constitución. Los principios fundamentales y los valores que informan la Constitución Política, referentes necesarios para determinar su sustitución por el poder de reforma.

6.1. Con miras a resolver el problema jurídico planteado por los demandantes cual es, el de que el Congreso de la República en ejercicio de su poder de reforma, desbordó los límites de competencia de ese poder al sustituir la Constitución mediante el inciso acusado, con lo cual invadió el territorio reservado al Constituyente primario, única instancia autorizada para dictar la Constitución y, por ende para sustituirla por otra, es indispensable en criterio de este Despacho precisar cuándo puede afirmarse que una Constitución ha sido sustituida por otra, en virtud del ejercicio de ese poder, y por tanto cuándo ha sido derogada por este.

Para ello este Despacho, en atención a lo dicho por la propia Corte en el sentido de que *"Al limitar la competencia del poder reformatorio a modificar la Constitución de 1991, debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material",* deduce que la Carta es sustituida por el poder de reforma cuando aquello que la identifica como tal, esto es, como forma y modo de la existencia política*,* resultado de la decisión del pueblo en su condición de poder constituyente, es transformado por el poder de reforma en otra forma y otro modo de existir políticamente.

6.2. De esa manera, el poder de reforma al desbordar los límites de su competencia, los cuales como se ha dicho están determinados por la noción misma de reforma de la Constitución, la cual no contempla por definición, la sustitución de esta, elimina la distinción básica que existe entre él y el poder constituyente, al asumir el acto propio y estrictamente constituyente, a partir del cual el pueblo decide sobre cuáles son los principios rectores y los valores fundamentales sobre los cuales habrá de erigirse el poder público y con él la estructura del poder del Estado. Las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, y otros asuntos de primera importancia en el ordenamiento jurídico político de un régimen democrático.

Es por ello que la Corte Constitucional después de insistir en que el poder de reforma por ser un poder constituido, tiene límites materiales debido a que la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, de subvertirla o de derogarla en su integridad, dejó establecido que para el análisis de si la Carta fue o no sustituida por otra, "es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad ".

6.3. Es claro que cuando la Corte Constitucional señala como referente necesario para la determinación de la sustitución de la Carta por el poder de reforma, el de tomar en cuenta los valores y principios que la informan, dejó establecido que al desconocerse tales valores en el desarrollo del proceso reformatorio, la Constitución se ha subvertido. De allí que la noción de ***"sustitución integral"*** no ha de ser tomada en su sentido cuantitativo sino cualitativo, en tanto el desconocimiento de tales valores y principios implica un cambio de tal magnitud y trascendencia, que se transforma "real y materialmente la Constitución, la forma de organización política, en otra opuesta e integralmente diferente".

6.4. Por tanto, tal como lo señaló la Corte Constitucional a título de ejemplo, no es viable utilizar el poder de reforma para sustituir el Estado Social y Democrático de derecho, primer principio fundamental de la Carta, por un Estado totalitario, por una Dictadura o una Monarquía, pues ello comportaría el reemplazo de la Constitución de 1991 por otra (sentencia C–551 de 2003).

En ese sentido es pertinente insistir en lo dicho por la propia Corte, en el sentido de que al limitar la Carta, la competencia del poder de reforma debe entenderse que la ***Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material,*** con lo cual ha de entenderse la integridad de la Carta como la preservación de aquellos contenidos axiológicos incorporados a ella por el Constituyente primario en ejercicio de su potestad de dictar la Constitución.

Es por ello que esa Corporación desde sus más tempranos pronunciamientos, acogió la versión de la tesis de la causa y finalidad del poder constituyente, elaborada por uno de los más connotados Tratadistas del Derecho Constitucional. Hermanu Heller, al puntualizar:

"Heller conjuga dos aspectos. Por un lado considera como poder constituyente a aquella voluntad política cuyo poder y autoridad están en condiciones de determinar la existencia de la unidad política de un todo. **Pero, por otro lado admite que una Constitución precisa algo más que una relación fáctica de dominación para valer como ordenación conforme a derecho, y ese algo más, es una justificación según principios éticos de derecho**". (Sentencia 544 de 1992) (resalta el Despacho).

Más adelante, en esa misma providencia y a propósito de la causa del poder constituyente dice la Corte:

"La República de Colombia se ha dado una nueva Constitución, la cual entre otras innovaciones, estableció un sistema de valores fundamentales y principios materiales que informan, orientan y articulan el ordenamiento jurídico, y en consecuencia cumplen una función interpretativa, crítica **e integradora"** (Ídem) (Resalta el Despacho).

6.4. Luego, una cabal comprensión del poder constituyente en el marco de democracia constitucional contemporánea, comprende no solo la noción fáctica del mismo, esto es, el hecho político revolucionario que funda un nuevo orden en virtud de una voluntad política, sino también la idea según la cual, la transformación política institucional a cargo del poder constituyente encuentra su legitimación en el reconocimiento y adopción de aquellos valores fundamentales que caracterizan al régimen democrático, como la libertad, la justicia y la igualdad.

Es por ello que el criterio sentado por la Corte según el cual, es necesario hacer referencia a los principios y valores que informan la Carta Política, cuando se trate de analizar la posibilidad de su sustitución por el poder de reforma, ha de ser observado rigurosamente por este Despacho, en atención a que el presente concepto está enmarcado dentro de un proceso en el que la Corte cumple con su función primordial, que no es otra que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Ello, por cuanto ese referente, es el que nos permitirá establecer si el espacio reservado a la competencia del poder constituyente primario fue o no invadido por el poder de reforma, ya que es privativo del primero la institucionalización de tales principios y valores, como factores determinantes del diseño de la organización jurídico política, esto es, de la forma y modo de la existencia política. Base axiológica jurídica sin la cual, como bien lo ha dicho la Corte, cambiaría la naturaleza misma de la Constitución de 1991.

7. La modificación de la Constitución por el inciso segundo del artículo 4 Transitorio del Acto Legislativo número 03 de 2002

7.1. Si bien en el texto del artículo 4° Transitorio del Acto Legislativo número 03 de 2002 no se indica que mediante él se reforman una o varias normas de 1a Constitución Política, pues al parecer se trata solo de establecer unas medidas destinadas a hacer operativa la implantación del sistema acusatorio que mediante reforma constitucional es adoptado integralmente mediante las reformas a la Carta, contempladas en los artículos anteriores de dicho Acto Legislativo, preceptos en los que se indican las normas constitucionales reformadas, esto es, los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución. El Despacho considera necesario dejar planteado para efectos de un adecuado tratamiento del problema jurídico esbozado, que el Congreso de la República mediante el inciso cuestionado produjo una modificación del texto constitucional.

En efecto, al revestir al Presidente de la República de facultades por el término de dos meses, para *"expedir, modificar* o adicionar los cuerpos normativos *correspondientes incluidos en la Ley* Estatutaria de Habeas Corpus, los códigos Penal, de *Procedimiento Penal* y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía", el Congreso modificó de manera transitoria los siguientes artículos de la Constitución Política:

El artículo 150, numeral 10, cuyo texto es el siguiente:

"Estas facultades (las facultades extraordinarias) *no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos".*

El artículo 153, según el cual:

"La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla".

El artículo 252 en el que se dispone que:

"Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213 el Gobierno no podrá suprimir o modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento". (Subraya fuera de texto).

Como puede observarse a simple vista, la norma acusada ha modificado normas constitucionales en las que de madera expresa se establecen unas prohibiciones de carácter general, respecto de las cuales el inciso acusado establece excepciones de forma temporal.

7.2. Por tanto, debe determinarse si con la aprobación de estas excepciones de carácter transitorio a prohibiciones expresamente consignadas por el Constituyente en la Carta, el Congreso desbordó los límites de su poder de reforma por desconocimiento de los elementos conceptuales que identifican a la Constitución Política de 1991.

En este orden, lo primero que debe dejarse en claro es que, si bien no estamos ante el tópico de la reforma constitucional a cargo del Congreso, de acuerdo con el cual este, en el acto reformatorio, indica la norma superior que es por él reformada y, de manera expresa, consigna tanto su voluntad de reforma como el nuevo texto constitucional ya reformado, si se produjo una modificación a la Carta, bajo el rótulo de una medida transitoria, como se dice en el enunciado del artículo que la contiene.

7.3. Esta forma atípica ha sido examinada por la teoría constitucional dentro del contexto doctrinario del poder de reforma, presentándolo como la disposición que se adopta solo para un caso particular, sin que el texto constitucional afectado sea reformado, pero sí desviado por dicha disposición, configurándose así lo que la misma teoría ha denominado como *"quebrantamiento de la Constitución"* (V. Karl Loewenstein y Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* en sus respectivos capítulos sobre el poder de reforma).

Se está en presencia de la figura del *"quebrantamiento de la Constitución",* cuando las instancias competentes para reformar la Carta no emprenden reforma alguna de la Carta, toda vez que en ella no se indica expresamente qué normas constitucionales modifica y, por cuanto con ello se supone que estas siguen conservando su validez en los términos en que están contempladas en el texto constitucional, ya que este permanece inalterado. De allí que la doctrina considere que tales eventos no producen una norma, una ley en el sentido estricto de la palabra, sino una *"medida".*

Para Loewenstein y Schmitt, tales medidas se adoptan por cuanto son necesarias para resolver una situación especial denominada como *coyuntura anormal imprevista.*

En el planteamiento hecho por Schmitt se reconoce de una parte que cuando se adoptan tales medidas se quebranta la Constitución con la finalidad de preservar la existencia política de la unidad política o para decirlo en los términos del mismo doctrinante, *en interés del todo,* y de otra, que quien quebranta la Constitución de esa manera, obra como soberano.

Con ello se instaura entonces la preeminencia o supremacía de lo existencial sobre lo normativo, de lo fáctico sobre lo instituido, con lo que se produce el traslado de la capacidad privativa del Constituyente Primario al poder de reforma, quien se la apropia mediante una decisión que aparentemente no ha modificado la Carta.

7.4. Lo anterior, conduce necesariamente a un interrogante, ¿es válido que, en la perspectiva del constitucionalismo democrático y garantista, las instancias competentes para modificar la Constitución puedan actuar en la condición soberana originaria, ante el surgimiento de coyunturas anormales imprevistas, con la finalidad de defender *la existencia política del todo?*

En otras palabras, tal interrogante podrá plantearse así: ¿es legítimo que, en la perspectiva del constitucionalismo democrático y garantista, el legislador constitucional quede facultado para quebrantar las prescripciones contenidas en la ley constitucional, en nombre de la *existencia política del todo*, en virtud del surgimiento de una coyuntura anormal extraordinaria frente a la cual dicha existencia peligre, aun cuando con ello desborde los límites de su poder de reforma?

Como se ve, el asunto planteado coloca al intérprete de la Carta frente a la paradoja de difícil solución, que consiste en que la defensa de la identidad de la Constitución, cuya transformación le está vedada al poder de reforma, conduciría a no permitirle a este poder que adopte las medidas indispensables para preservar tal identidad ante una situación que amenaza con destruirla.

7.5. No obstante lo anterior, encontramos aquí que la paradoja enunciada nos conduce a un círculo vicioso que es necesario romper para adelantar el análisis, pues si bien es cierto que en una perspectiva pragmática y eficientista a la que es ajena la Carta Política de 1991, como se verá más adelante, podría pensarse en reducir los principios y valores fundamentales hasta el punto de erosionar el núcleo esencial de los mismos, como una medida plausible para conjurar la situación anómala e imprevista que amenace con dar al traste con el orden democrático fundado en dichos valores y principios, ello, sin embargo, genera la insostenible circunstancia de acuerdo con la cual **la democracia ha de ser destruida en sus fundamentos para ser mantenida.**

Con lo cual se revela la apariencia de eficacia de que están revestidas las medidas que en nombre de la defensa de la democracia se toman desconociendo sus fundamentos, pues si su objeto es defender el régimen democrático de los enemigos que lo asedian, mal puede entenderse como eficaz, lo que aplicado o desarrollado obtiene lo contrario de lo que con ello se buscaba.

Es de anotar aquí, que esta concepción de defensa del régimen democrático parte de un supuesto discutible, cual es el de que el régimen democrático carece de instrumentos legítimos para su defensa, hasta el punto de sostenerse que solo apelando a medidas que desconozcan su sentido garantista puede ese régimen sobrevivir.

Por ello y con miras a romper el círculo vicioso que se cierne alrededor de la paradoja en mención, es necesario retomar la idea finalística de la democracia y de los valores y principios que la informan, esto es, la idea según la cual la democracia es un fin en sí misma, para lo cual habría que dejar a un lado la noción instrumental de la democracia según la cual, las instituciones y mecanismos propios de este régimen político resultan intercambiables, en cuanto pueden ser despojados de la esencia ético jurídica que los informan, ante imperativos de orden práctico que imponga una coyuntura de anormalidad determinada.

En este punto es pertinente señalar cómo la propia Corte Constitucional, después de reconocer que, no obstante ser necesaria la teoría del poder constituyente para conocer la causa de ese poder, ella no es suficiente en el marco de la democracia constitucional de la posguerra, para explicar razonablemente los cambios político-jurídicos de un Estado, pues *"no basta con entender e1 argumento del hecho político, de la fuerza, de la revolución, de 1a ruptura institucional para la comprensión integral del poder constituyente,* pues para ello *es necesario que los cambios sean democráticos y que garanticen la libertad, la justicia, 1a igualdad y los demás valores indispensables para legitimarlos".*

Es por ello que, al responder la pregunta ***"¿Puede una democracia establecer o tolerar condiciones para su propia muerte?"*** que la misma Corte se formulara, se respondiera en lo siguientes términos:

"Sí y no. Sí, porque e1 poder constituyente puede reaparecer con toda su potencialidad en los períodos de anormalidad constitucional y retomar su facultad –ilimitada– y permanente para reformar todo el ordenamiento. ***Y no, porque las nuevas instituciones que se dé un pueblo deben ser humanistas, democráticas y razonables.***

"Lo contrario, esto es, aceptar las formas puras puede conducir como en el pasado, a la justificación de regímenes contrarios a la dignidad del hombre.

"En realidad **la aceptación de la consideración de la finalidad como complemento a la explicación causal del poder constituyente, que es básica pero insuficiente, es un paso hacía delante en la defensa de la razón de ser de la Constitución Política** y no una **idea nueva** en **el constitucionalismo colombiano".** (Corte Constitucional, Sentencia C–544 de 1992) (Resalta el Despacho).

Ahora bien, si la finalidad del poder constituyente condiciona su desarrollo hasta el punto de que no obstante su potestad para *"reaparecer*

con toda su potencialidad en los períodos de anormalidad constitucionalidad y para retornar su facultad ilimitada para reformar todo el ordenamiento", carecería de toda razonabilidad que dicho condicionamiento no se predicara igualmente y con mayor razón, del poder de reforma que es un poder constituido por aquél, razón por la cual el ámbito de su competencia sólo pueda llegar hasta el punto en que comienzan los espacios reservados al poder constituyente primario, en los que la determinación de la naturaleza del Estado es función privativa de este.

De allí que el quebrantamiento de la Constitución entendido como aquella medida que se adopta en situaciones de anormalidad imprevista, no sea viable en marco del constitucionalismo democrático como una facultad del poder de reforma en detrimento de la identidad misma de la Constitución.

La razón por la cual ello es así, reside en la clara connotación fáctica de esta noción en tanto su aplicación deja de lado el marco normativo constitucional, y se interna en los terrenos del soberano no democrático, como se desprende de la siguiente caracterización que de ella nos trae Carl Schmitt quien, no obstante lo dicho no vacila en aceptarla en circunstancias muy especiales y siempre y cuando ella no sea utilizada con frecuencia:

"Cuando se adoptan tales quebrantamientos y medidas en interés de la existencia política del todo, ***se muestra con ello la supremacía de lo existencial sobre la simple normatividad.*** *Quien está facultado y en condiciones de realizar tales actuaciones, obra soberanamente. Por eso en la Historia del Derecho, la cuestión de la soberanía y del 'absolutismo' ha sido, desde el siglo XVI, la cuestión del quebrantamiento del orden legítimo existente.* ***El Príncipe estaba legibus solutus, es decir, facultado y en condiciones de adoptar, sin que se lo impidieran los límites de leyes y tratados en vigor, las medidas exigibles según la situación de las cosas, en interés de la existencia política.*** *El legislador sólo puede como tal, dar leyes, no quebrantarlas.* ***Esto no cuenta para el legislativo, sino para el soberano: significa la supremacía existencial sobre la normación"*** (Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1934).

7.6. Es de señalar que pese a que la figura del quebrantamiento de la Constitución, está prevista por la doctrina en el marco de la noción del poder de reforma, sus connotaciones fácticas de *hecho político* y de *ruptura institucional,* hace que ella resulte intrínsecamente asociada al ejercicio de la soberanía originaria sean que esta esté en cabeza del monarca absoluto o del *"pueblo políticamente consciente",* como lo reconoce el autor citado.

Así las cosas, avalar su viabilidad en el contexto del poder de reforma, poder que por su naturaleza debe actuar dentro de los cauces trazados por la Constitución y, particularmente en el contexto de los lineamientos axiológicos y teleológicos que ella comporta, implicaría el desconocimiento de la noción misma de reforma que el intérprete auténtico de la Constitución le ha dado, y el desdibujamiento de los límites en que ha de desarrollar su actividad ese poder, pues como lo admite el mismo Schmitt, en el marco del Estado de Derecho *"las instancias competentes para una revisión constitucional no resultan soberanas por razón de tales competencias... ni tampoco se convierten en titular o sujeto del Poder Constituyente".*

En ese sentido, es pertinente retomar aquí lo planteado a propósito por quien al igual que Schmitt ha sido reconocido como uno de los autores de mayor consistencia teórica en el campo del constitucionalismo occidental, quien después de reconocer la no-identidad del fenómeno del quebrantamiento de la Constitución con el de la reforma de la misma, atempera el planteamiento de su coterráneo en los siguientes términos:

"no se puede impedir a1 Legislador constitucional 'quebrantar' una norma establecida por él, esto es, mantener su validez general, **pero hacer** una **excepción** en **casos concretos bien ponderados bajo el supuesto de que la excepción sea ordenada desde el primer momento con valor constitucional, o caso que surgiese la necesidad posteriormente, sea señalada visiblemente en el texto constitucional".** (Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución.* España. 1964).

No obstante todo lo anteriormente expresado, observa el Despacho **que la circunstancia fáctica** con base en la cual la teoría constitucional, plantea la viabilidad de ese especie de paréntesis oculto en la vigencia de la Constitución que significa la figura del quebrantamiento de la misma, no se da en el caso de la norma demandada.

7.7. Las facultades otorgadas en el inciso acusado no apuntan a habilitar al Presidente de la República para que adopte medidas de carácter transitorio como han de ser las *medidas* inconstitucionales que, dentro del marco de la noción de quebrantamiento se toman, toda vez que su finalidad es la de dar respuesta política a una *situación especial de un caso concreto,* esto es, a la *coyuntura anormal imprevista.*

Por el contrario, las facultades que el Congreso en el marco del Acto Legislativo le otorga al Presidente de la República fueron concebidas para habilitar al Jefe del Ejecutivo a dictar una normatividad que por su vocación de permanencia y su índole de normas estructurales, como son los códigos y las leyes estatutarias, no constituyen en manera alguna respuesta de corto o mediano plazo a situaciones coyunturales en que la existencia del Estado peligre.

No obstante lo anterior, los elementos conceptuales que configuran la noción de quebrantamiento de la Constitución puesta en práctica por el poder de reforma, aunque de manera impropia, y que se ponen en evidencia en la respuesta a los interrogantes planteados, contribuyen de alguna manera al esclarecimiento del problema jurídico en estudio, toda vez que el hecho de la primacía de lo fáctico, lo político coyuntural o, dicho en el lenguaje de los tratadistas citados, lo existencial, sobre lo normativo constitucional al implicar la suplantación del poder constituyente por el poder de reforma, nos permitirá comprender mejor cómo las facultades del Constituyente primario fueron usurpadas por el legislador constitucional, con la de no partir para la adopción de dicha medida, de los supuestos tácticos que ella comporta y que podrían explicar de alguna manera la adopción del paréntesis constitucional señalado. Sobre todo cuando tal primacía, propia de la aplicación de la figura del quebrantamiento da la Constitución, nos remite a instancias distintas del legislativo, las que por su capacidad –constituyente primario– o por ser el agente natural de las mismas –el Ejecutivo– son los que cuentan con la facultad o con las condiciones reales para imponer por vías irregulares la precedencia o primacía del hecho político sobre lo normativo.

8. Por qué el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para proferir las normas legales necesarias al nuevo sistema, con base en las cuales podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes en códigos y leyes estatutarias, comporta una sustitución *de la* **Constitución** *e* **implica, consecuencialmente, el desbordamiento de las competencias del poder de reforma.**

8.1. Establecida la noción de sustitución de la Constitución con fundamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Colombiano y en argumentos doctrinarios de significativa relevancia teórica, como la transformación de la identidad de la misma e igualmente la de esta identidad, como el conjunto de valores y principios fundamentales con las que el constituyente primario define el modo y la forma de la existencia política de la comunidad. A continuación se determinará cómo la medida adoptada por el Congreso de la República la cual es objeto de impugnación en el presente proceso, transforma algunos de esos principios y valores fundamentales de la Carta Política de 1991 y, en consecuencia, quebranta la Constitución en lo esencial, desbordando con ello los límites de su facultad de reforma constitucional.

8.2. En criterio de este Despacho, son básicamente dos los principios fundamentales que el Congreso de la República en el marco del ejercicio de su poder de reforma, modificó con la medida adoptada en el inciso 2o. del artículo 4º. transitorio del Acto legislativo número 03 de 2002 y que por ser tales principios inherentes a la configuración democrática y garantista del Estado Colombiano instituido por la Carta del 91, se considera que con tal medida se desbordó el límite material del poder de reforma, debido a que este poder incursionó en ámbitos que son propios del constituyente primario, pues a este y sólo a este, en virtud precisamente de uno de tales principios, le corresponde la función de dictar los fundamentos de la organización política. Ellos son: El principio de la división del poder público y el principio de la soberanía popular.

8.2.1. El principio de separación de poderes es inherente al Estado democrático constitucional y su vigencia define la forma de la existencia política en ese Estado.

Si en aras de la brevedad se quisiera dar cuenta del tema enunciado de manera rotunda y contundente, se podría apelar a la forma en que una alta personalidad de la teoría iuspublicista contemporánea aborda el concepto de Constitución, al decir que esta *"no es la norma que define en un*

instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos su origen popular o comunitario y con un determinado contenido la garantía de los derechos y la separación de poderes". (García de Enterría. *La Constitución como norma jurídica en La Constitución Española de 1978,* Civitas, 2a. Edición, Madrid, 1981).

Abundante es ya la doctrina que desde los comienzos mismos del constitucionalismo moderno nos revelan el entronque ideológico, político y filosófico de la teoría de la separación de las ramas del poder público y dicho constitucionalismo, o si se quiere entre esta teoría y la forma de Estado democrático y liberal. De allí que en procura de no extendernos innecesariamente en este aspecto, se retome aquí el planteamiento hecho por esa Corporación sobre la causa y finalidad del principio de la separación de las ramas del poder público, en los siguientes términos:

"El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales ***enderezada*** *a* ***evitar la arbitrariedad de los gobernantes y asegurar la libertad de los asociados.*** *Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descanse únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente.*

"(...) por encima de las modalidades planteadas (de modelos de configuración del principio) *prevalece la concepción de que* ***la separación de las ramas del poder público es inherente al régimen democrático y constituye uno de sus elementos procedimentales de legitimación".*** (Sentencia C–312 de 1997) (subraya el Despacho).

Pero lo anterior no solo nos da cuenta de las razones históricas del principio en examen, sino también del nexo inescindible entre la noción de la separación de las ramas y órganos del poder público y la garantía del derecho a la libertad, misión esencial tanto del Estado demoliberal como del Estado Social de Derecho, aspecto este de especial relevancia en el asunto en estudio como se verá más adelante.

8.2.2. Cómo se vulnera el principio de separación de poderes por el inciso segundo del artículo 4º transitorio en el caso del otorgamiento de facultades al Presidente de la República para expedir, modificar o **adicionar,** los **cuerpos normativos correspondientes incluidos** en la ley **estatutaria** de **la administración de justicia, la ley estatutaria de hábeas corpus y los códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario.**

Como ya lo ha dejado establecido la jurisprudencia constitucional colombiana y la doctrina nacional e internacional sobre la materia. La separación de las ramas y órganos del poder público no implica la división del poder público como tal, sino la distribución de las funciones que a este poder le corresponden por prescripción constitucional entre tales ramas y órganos, sin que por ello unas y otros dejen de actuar en armónica colaboración para la realización de los fines del Estado.

Objetivo de esa separación, como quedó dicho, es evitar que las actividades del Estado se concentren en una sola de sus instancias y esto último dé lugar al despotismo. No es casual que la obra en la que originariamente se formuló la doctrina de la separación de los poderes –*El Espíritu de las Leyes*– esté articulada por una concepción antiabsolutista, esto es, por una crítica sistemática contra el despotismo que tuvo su encarnación histórica en el Estado, orígenes del Estado moderno.

De allí la estrecha relación existente entre el principio de la separación de los poderes y el valor jurídico constitucional de la libertad, lo cual tiene una especial incidencia en el asunto en examen, como se verá inmediatamente, por lo que se considera pertinente ilustrar un poco mejor esa relación con el siguiente planteamiento doctrinario en el que además se resalta la estrecha relación existente entre la *ley y la libertad,* que igualmente es de especial pertinencia para el tratamiento de dicho asunto:

"Si, como ha sido señalado con acierto, uno de los intereses centrales que vertebra de principio a fin la obra de Monstesquieu es la crítica al despotismo no puede resultar extraño que el capítulo Del Espíritu de la Leyes que gozara, desde el momento mismo de la publicación de la obra, de mayor relevancia e influencia se ubique, justamente en el contexto de un Libro, el XI, cuyo objeto es analizar ***'las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución'. Ello pone, ya desde el inicio, de relieve la íntima vinculación que para el publicista francés existirá entre separación*** *de* ***los poderes*** *y mantenimiento* ***de la libertad".*** (Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución.* Alianza Editorial, Madrid. 1998).

Es precisamente esa estrecha relación entre ley y libertad lo que conduce al Barón de Montesquieu a plantear la necesidad de que el principio de la separación de poderes esté complementado con un sistema de frenos y contrapesos recíprocos de acuerdo con el cual, *"Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frente al poder".*

De lo anterior se desprende una noción que es crucial en nuestro examen: la noción de *límite* que resulta ser, tomando en cuenta todo lo dicho, *esencial* a cualquier formulación teórico-política que tenga como finalidad la protección del valor fundamental de la libertad bajo el supuesto del mantenimiento de la legalidad.

La reserva de ley instituida por el Constituyente en relación con ciertos temas como son la expedición de códigos y leyes estatutarias, y que es la referencia constitucional que sirve de base a la tesis de sustitución de la Constitución en el presente proceso, es expresión inequívoca de la decisión del Constituyente de aplicar en este campo de la función estatal el principio de la separación de poderes, sin que ni siquiera el principio de colaboración complementario de aquel pueda ser invocado para que el titular de esa reserva pueda deshacerse de ella, como se desprende del siguiente aparte jurisprudencial:

"El Congreso de la República es el órgano de representación popular a quien el Constituyente le ha encomendado la misión de hacer las leyes (Art. 150 C. P.), función de la cual no puede desprenderse sino en forma transitoria (hasta por seis meses), ***única y exclusivamente en el evento consagrado en el numeral 10 del mismo artículo.*** *El proceso de hacer la ley, es un acto complejo que implica la iniciativa, la deliberación, la modificación, la aprobación y la sanción. Sin embargo, cualquiera que sea el origen de la iniciativa de la ley, es decir, de su proposición por parte de quienes tienen la facultad para hacerlo (miembros de las cámaras, gobierno, ciudadanos, etc.) esto es* ***la determinación de su contenido, es una tarea que compete realizar única y exclusivamente a los miembros de esa Corporación.*** *Si la ley es la manifestación de la voluntad del citado órgano soberano bien puede este orientarla en la dirección que considere conveniente y necesaria siempre y cuando respete las normas superiores".*

Siendo así, mal podía el legislador ordinario incluir al Procurador General de la Nación o a su delegado, como parte integrante de la Comisión encargada de redactar la "ley de facultades", que es precisamente la parcialmente acusada, ***pues la colaboración armónica de las ramas del poder público no tiene el alcance de vaciar la competencia constitucional asignada a cada uno de los diferentes órganos del Estado, en este caso al Congreso de la República y al Procurador.***

"Las funciones constitucionales que corresponde ejecutar a una determinada rama del poder o a un funcionario de cualquier organismo estatal no pueden ser delegadas en otros empleados o entidades del Estado, salvo que la misma Constitución lo autorice. *En el presente caso ese ordenamiento no consagra el traslado de funciones Legislativas al Procurador General de la Nación y, mucho menos, a sus delegados, como se hace en la norma demandada. Por tanto, el precepto que así lo consagra será declarado inconstitucional.*

Al respecto sostuvo la Corte en sentencia anterior:

"Cada órgano del Estado, llene en el marco de la Constitución, un conjunto determinado de funciones. ***El desarrollo de una competencia singular no puede realizarse de una manera tal que su resultado signifique*** *una* ***alteración o modificación de las funciones que la Constitución ha atribuido a los demás órganos.*** *Se impone un criterio o principio del 'ejercicio armónico' de los poderes, de suerte* ***que cada órgano se mantenga dentro de su esfera propia y no se desfigure el diseño constitucional de las funciones".***

"Particularmente, el Congreso es un órgano del que emanan impulsos para los demás y tiene ante sí, por tanto, una variedad de alternativas y cursos de acción. En estas condiciones, no deberá escoger la opción que signifique en la práctica la clausura del ejercicio de las competencias de los demás órganos del Estado" (sentencia C–1493 de 2000) (Resalta el Despacho).

Con lo anterior, la jurisprudencia constitucional colombiana sentó en forma clara e incontrastable el criterio según el cual, lo único que puede

delegar el Congreso en materia de facultades, es aquello para lo cual está autorizado por el Constituyente. De allí que, cuando le otorga facultades al Presidente para que este actúe como legislador delegado en materias prohibidas por el Constituyente, con ello el legislador altera y desfigura el diseño constitucional de las funciones del poder público, con lo cual trastorna la configuración del Estado mismo, pues es mediante el desarrollo de tales funciones, distribuida según la previsión del Constituyente como se concreta la separación de las ramas y órganos del poder público, asunto que, como se ha visto, es inherente a la naturaleza del Estado mismo.

Ahora bien, como para el esclarecimiento del problema planteado no basta solo con determinar que con las facultades otorgadas al Presidente para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes a las leyes estatutarias de la Administración de Justicia y de Hábeas Corpus y de los códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario, el Congreso desconoció abiertamente la prohibición expresa del Constituyente Primario acerca de tal autorización, sino que es necesario, además, demostrar que al desconocer tal principio, en ejercicio de su poder de reforma, el Congreso transformó los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático adoptado por la Carta, transformando con ello la identidad de la Constitución, se pasará entonces a señalar cómo ha sucedido tal cosa, y cómo con tal suceso el Congreso desbordó su ámbito de competencia para reformar la Constitución al invadir el ámbito de competencia del poder constituyente originario, que es, en últimas, lo autorizado para modificar tales fundamentos.

8.2.3. Ya se ha planteado aquí la relación conceptual e histórica que existe de manera inescindible entre el principio de separación de las ramas del poder y el valor y principio fundamental de la libertad. Pues bien, este nexo esencial adquiere en el caso que nos ocupa una especial relevancia, toda vez que las facultades que le fueron concedidas al Presidente de la República, lo fueron para que regulara precisamente ese derecho en la doble perspectiva de limitar el ejercicio del mismo, mediante la prohibición de aquellas conductas que desconozcan los derechos de los demás y de señalar en qué casos es posible afectar la libertad personal, puesto que como es sabido tal regulación es la materia de los códigos mencionados. Otro tanto sucede con la Ley Estatutaria de Hábeas Corpus, cuyo tema es justamente desarrollar la norma constitucional en que el derecho a la libertad está consagrado.

8.2.4. Conservar en cabeza del legislador la competencia exclusiva para expedir códigos y leyes estatutarias, en especial de aquellos códigos y leyes que tienen que ver directamente con la libertad de la persona, fue el designio del Constituyente primario. De allí la prohibición rotunda hecha al Congreso para conferirle al Presidente facultades para tal efecto, pues tanto en los códigos como en las leyes estatutarias mencionadas, está en juego la regulación de un derecho de especial trascendencia en la configuración misma del Estado de Derecho, tanto en el plano histórico como en el filosófico, razón por la cual el Congreso es la instancia estatal autorizada por el Constituyente Primario para regularlo, ya sea mediante la expedición de códigos o de leyes estatutarias, toda vez que es la única instancia en la que está representada la voluntad del pueblo convertida en ley, mediante la cual él ejerce indirectamente su soberanía.

En este asunto, como se ve, está en juego lo que la propia Corte ha denominado como *presupuesto configurativo de 1a estructura orgánica y funcional del Estado Social de Derecho* (sentencia C–1493 de 2000), por cuanto la configuración del Estado adoptado por la Constitución en uno cualquiera de los sentidos indicados, está determinada por aquellos elementos axiológicos que presiden el ordenamiento superior entre los cuales la libertad ocupa lugar preferencial, ya que la finalidad esencial del Estado es asegurar la libertad de los asociados, la que precisamente aparece protegida como un derecho fundamental por ese ordenamiento.

De otra parte, es de anotar que habida cuenta de la materia sobre las cuales versarán las normas que el Presidente queda facultado para dictar por el inciso en cuestión, esto es, aquellas que sean necesarias para el nuevo sistema acusatorio que mediante el Acto Legislativo número 03 de 2002 se adopta, es apenas previsible que, con el poder regulador conferido al jefe del Gobierno, este puede afectar la estructura de los códigos allí mencionados.

Con ello se desconoce la advertencia jurisprudencial hecha en el sentido de que en materia alguna tales facultades pueden utilizarse para afectar la estructura general de un código, vulnerándose con ello el principio democrático que quiso el Constituyente proteger con la prohibición de que trata el artículo 150 de la Constitución Política (sentencia C–757 de 2001). En ese sentido, debe recordarse aquí que tales facultades no fueron otorgadas para que el Presidente adoptase medidas adicionales o complementarias, sino como claramente lo reza el inciso en cuestión para *"expedir, reformar y adicionar los cuerpos normados correspondientes"* en dichas leyes y códigos.

Ahora bien, el otorgamiento de facultades para los efectos señalados comporta igualmente un desbordamiento de las facultades del poder de reforma, que se manifiesta en distintos aspectos relacionados con las leyes estatutarias en lo que a la alteración de los fundamentos del Estado Social de Derecho concierne.

En primer lugar se observa, cómo por ser la Ley Estatutaria, una modalidad de la ley de características muy especiales, en virtud de los temas que está llamada por la Carta a regular, el proceso de su expedición está condicionado a la realización de un ritual procedimental igualmente especial, como el control previo por parte de la Corte y los requisitos más exigentes en materia de quórum para su aprobación, lo cual pone de presente la jerarquía que el Constituyente le otorgara a este tipo de leyes.

Es esa la razón por la cual, la jurisprudencia constitucional no ha vacilado en otorgarle a estas leyes la categoría de leyes cuasi constitucionales, con lo que quiso significar que al expedirlas el Congreso de la República actúa casi como constituyente, pues no de otra manera puede entenderse esta situación del legislador cuando queda autorizado por la Constitución para regular asuntos que son de la esencia misma de la organización jurídico-política por ella adoptada, como que la definen en sus notas esenciales.

Así, es materia de regulación de este tipo de leyes los derechos y deberes fundamentales de las personas, la administración de justicia y las instituciones y mecanismos de participación (artículo 152 de la Constitución), materias todas estas que, como es muy bien sabido, fueron instituidas por el Constituyente del 91 como ejes conceptuales y bases axiológicas del Estado Social de Derecho por él adoptado.

Luego, era apenas previsible que el mismo Constituyente prohibiera que dentro de la facultad de delegar su función primordial de legislar, el Congreso defiriera en el Ejecutivo la regulación de estos temas, temas cuya regulación resulta vedada en sus aspectos estructurales a este órgano del poder público, por cuanto en este caso la figura de la delegación choca abiertamente con el principio de la división de poderes, de acuerdo con el cual el poder, el príncipe es relativizado notablemente.

8.2.5. En ese sentido no hay que olvidar que en el proceso de construcción teórica e histórica, la soberanía, antes en cabeza del príncipe, se traslada de su testa coronada al pueblo, por lo que la capacidad de tomar decisiones de carácter soberano como las que definen la forma y el modo de la organización política pasó, en virtud de la transformación del concepto de soberanía, a quien dentro del Estado constitucional democrático ostenta la condición de soberano, esto es al pueblo. Y que este, en ejercicio de su poder soberano originario es el que autoriza a la instancia estatal encargada de hacer las leyes y no a otra, para efectuar las reformas a la Carta Política o para desarrollarla, dentro de los límites aquí ampliamente reseñados.

De allí que el Despacho considere que no carece de respaldo doctrinario y jurisprudencial, la afirmación hecha en una de las demandas en el sentido de que las facultades otorgadas al Ejecutivo, para que este legisle sobre temas que son del resorte del legislador cuasi constitucional comporta el traspaso de la función constituyente del Congreso a aquél, lo cual se convierte en un trastrocamiento de todo el régimen democrático y en una ostensible alteración del principio de la división del poder público.

8.2.6. Otro tanto sucede con el principio de legalidad, principio igualmente fundante de esa forma de Estado y por tanto definitorio de su condición esencial. En efecto, entendida la ley en su sentido formal como aquella norma que expide el órgano facultado para ello por la Carta, en los términos de los artículos 29, 150 y siguientes de la misma, este principio se ve igualmente afectado por el otorgamiento de las facultades en cuestión, pues la competencia de hacer ciertas regulaciones que son privativas de un legislador calificado, pasa al Ejecutivo, sin que para este puedan hacerse efectivos los requisitos especiales para su aprobación, los procedimientos agravados para su deliberación y aprobación en el seno de las unidades legislativas y, de otra parte, sin el control previo de constitucionalidad que en virtud de la trascendencia constitucional de las

materias allí tratadas, la Constitución ha ordenado respecto de los proyectos de esta clase de leyes.

Pero lo que es más grave aún, desde el punto de vista del desconocimiento del principio democrático, es que este es pretermitido en un aspecto que guarda estrecha relación con los límites al poder de reforma impuestos por la propia Constitución. Ello es así, por cuanto, mientras que en el artículo 377 constitucional está prescrito que cuando una reforma constitucional aprobada por el Congreso se refiera a los derechos fundamentales y a sus garantías, esta reforma deberá someterse a referendo cuando se den las condiciones allí establecidas, entre las cuales es de destacar la solicitud de un número determinado de ciudadanos.

Con el otorgamiento de las facultades en cuestión, al desplazarse la regulación de tales derechos y de sus garantías al Presidente de la República, las probables reformas que este adopte en relación con unos y otras quedarían por fuera de la exigencia de referendo establecida en el artículo constitucional mencionado. Con ello se haría nugatoria entonces la obligación allí establecida, quedando materia tan fundamental como los derechos humanos, a merced del Ejecutivo y sin el control político ciudadano que implica tal exigencia, al limitarse el ejercicio de tal derecho ciudadano, toda vez que no se dio la oportunidad para que el soberano se manifestara sobre la convocatoria del referendo, lo cual fue negado de plano por la reforma al no advertirse expresamente tal posibilidad y de manera práctica con la fijación de plazos perentorios cortos, que excluirían cualquier intento de reclamación por el número requerido de ciudadanos.

Las anteriores consideraciones ponen de presente cómo el poder de reforma ha desbordado sus límites, desnaturalizando la identidad del Estado Social de Derecho, al haber alterado de manera significativa uno de los pilares sobre el cual se asienta su configuración democrática, cual es el principio de la división del poder público, usurpando con dicha alteración la función primordial del constituyente primario, esto es, la función de determinar mediante el ejercicio de su voluntad política fundacional, la forma y el modo de la existencia política de la comunidad.

Con todo el respeto debido, quiere el Viceprocurador llamar la atención sobre la forma recurrente como el Congreso de la República ha venido apelando a esta modalidad de delegación de su función primordial de legislar, en materias que como las aquí analizadas sólo a él competen en su condición de órgano del poder público mediante el cual el pueblo ejerce indirectamente su soberanía, razón por la cual su regulación es indelegable, pues con ello se están erosionando las bases mismas del régimen democrático instituido por el Constituyente de 1991.

9. El otorgamiento de facultades extraordinarias para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes en el Estatuto Orgánico de la Fiscalia, altera igualmente el principio de separación de las ramas y órganos del poder público y afectan la identidad de la Constitución, con lo cual el poder de reforma desbordó sus límites de competencia.

9.1. La prohibición constitucional consistente en que en ningún caso, ni siquiera durante los estados de excepción de que tratan los artículos 212 y 213 de la Constitución, el Gobierno Nacional podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento, es tan clara y rotunda como aquella en la que mediante el artículo 150, numeral 10 constitucional no se le permite al Congreso otorgarle facultades extraordinarias al Jefe del Gobierno Nacional para expedir códigos y leyes estatutarias.

En efecto, el artículo 252 de la Constitución Política establece en forma tal que no permite lugar a interpretación distinta a la que de su texto se desprende lo siguiente:

"Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, e1 Gobierno no podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de actuación y juzgamiento".

Así las cosas, salta a la vista que el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente, jefe del Gobierno Nacional, para que expida, modifique o adicione el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, como en el caso de las facultades otorgadas para expedir cuerpos normativos en códigos y leyes estatutarias, hay aquí el evidente desconocimiento de una prohibición expresa de la Carta Política.

9.2. Basta para sustentar lo anterior, que las nociones de organismos y funciones de una entidad hacen parte del Estatuto Orgánico de una entidad, por lo que cuando se habilita por parte del Congreso al Gobierno Nacional para que expida normas que modifiquen dicho Estatuto, se está autorizando al Ejecutivo para que modifique sus funciones, asunto este que es privativo de la ley por decisión del Constituyente, como se desprende la norma constitucional citada y de la subsiguiente, esto es, el artículo 253.

Teniendo en cuenta que esta prohibición constitucional como la anteriormente analizada se sustenta en la preservación del principio de la división funcional del poder público, se considera entonces que en este caso como en de la autorización para expedir leyes estatutarias y códigos, el poder de reforma invadió igualmente los ámbitos del poder constituyente, desbordando así los límites que en esta materia le ha impuesto la Constitución.

Veamos lo dicho por la Corte en ese sentido:

"En el citado artículo 113 de la Carta se expresa que las ramas y los órganos del poder Público son autónomos e independientes, aun cuando deben colaborar para la realización de sus fines. Para garantizar la autonomía de las distintas ramas y órganos, la Constitución establece una serie de disposiciones. Esas normas hacen relación entre otras cosas a las funciones de cada órgano y a sus condiciones de autonomía administrativa y presupuestal; a los procedimientos para el nombramiento, sanción o destitución de los titulares de esas instituciones; al período de ejercicio de los mismos y a las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que están sujetos, a las condiciones que deben cumplir los ciudadanos para acceder a determinados cargos, etc. Todas estas normas constituyen una especie de muro de protección de la autonomía de los diversos órganos y ramas del Poder; muro cuyos componentes se asemejan o diferencian de mecanismos creados con el mismo objetivo en otros países y sobre cuya adecuación para el fin deseado se pueden realizar diferentes juicios.

"Los artículos 253 y 279 de la Constitución forman parte de la red de garantías de la autonomía de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría. El objetivo de los dos textos constitucionales es asegurar que la regulación de la actividad de estas entidades no sea realizada por el Ejecutivo, que es la rama del poder que cuenta con la mayor posibilidad de intervenir en la esfera de acción de los otros órganos y ramas del Poder público, en razón de los recursos de que dispone, sino por el legislativo que es el cuerpo que representa por excelencia la voluntad de las mayorías".
(Sentencia C–312 de 1997) (Resalta el Despacho).

9.3. Con el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir cuerpos normativos dentro de códigos y leyes estatutarias, el poder de reforma asumió la función de constituyente primario, desconociendo así el valor y el principio de la soberanía popular.

La jurisprudencia constitucional colombiana reconoce en el principio fundamental de la soberanía popular, uno de los aportes de la Asamblea Nacional Constituyente (sentencia C-544 de 1994), aporte que en criterio de este Despacho tiene una especial significación en el fortalecimiento de las instituciones democráticas en nuestro país, toda vez que ha sido factor determinante en su relegitimación. De su adopción se desprenden instituciones y mecanismos que han revitalizado ante la comunidad el prestigio y la aceptación de la democracia como el régimen político más adecuado para alcanzar los fines esenciales de un Estado Social de Derecho. En ese sentido, es de tener presente que desde el preámbulo de la Constitución de 1991 se ha previsto que la consecución de tales fines se haga dentro de un marco democrático participativo, previsión que no podrá explicarse sin la adopción del principio de la soberanía popular.

Luego, lo que menos puede atribuírsele a la noción de soberanía popular es la condición de fórmula retórica, de ornamento ideológico en el texto de la Carta, sin eficacia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico y sin incidencia real en la vida de los colombianos. La sola condición de elemento legitimador del régimen democrático en Colombia, bastaría para reconocerle un lugar destacado dentro de las instituciones jurídico-políticas colombianas.

9.4. Para el caso que nos ocupa, es enorme la trascendencia de este principio, toda vez que la condición de fuente originaria del poder público que el principio de la soberanía popular le confiere al pueblo significa, como es bien sabido y reconocido expresamente, la Carta Política (artículo 3 de la Constitución), que el poder público emana del pueblo y que en virtud de ello es el pueblo el titular de la soberanía, quien por esta razón está facultado para ejercerla directamente o por medio de sus representantes,

los que están facultados para esto último en forma secundaria, y dentro de unos límites trazados de antemano en la Constitución por el titular de esa soberanía, el constituyente primario, esto es: El pueblo.

Es en este punto, en donde se nos aparece el problema en examen, pues consecuentemente con lo dicho si el poder público emana del pueblo en tanto este es el titular de la soberanía, los comportamientos institucionales de ese poder desde las instancias estatales jerárquicamente más sobresalientes, ramas y órganos del público, hasta las más insignificantes estarán gobernados por las decisiones que se adopten en la fuente originaria de donde ese poder emana.

Fundamento del poder, la soberanía popular tiene en el Constituyente primario su titular y será este, el único facultado para trazar los cauces por donde habrán de discurrir las instituciones en el cumplimiento de sus funciones, funciones que en sus aspectos esenciales, en los que ese poder se manifiesta serán por él determinadas. Es esta circunstancia, lo que permite definir al poder público y, por ende, al Estado que tenga esta fuente de existencia como institucionalidad jurídico-política democrática.

Ahora bien, si ese es el principio adoptado por nuestra Constitución, en materia de origen del poder público y de soberanía, por razones de legitimidad, en concordancia con la filosofía democrática que este principio entraña, resultaría incoherente si no contradictorio que los comportamientos de las distintas expresiones del poder público en materias que son de la esencia misma del régimen democrático, como es hacer la ley, se realicen por fuera de los lineamientos trazados por el titular de la soberanía, esto es, en contra de sus directrices no solo funcionales sino jurídico-políticas, concebidas desde la fuente misma del poder público.

Considera el Despacho que una contradicción de esa naturaleza, comporta un abierto desconocimiento del basamento conceptual de la noción del poder público adoptada por 1a Constitución, por lo que podría pensarse que, en la perspectiva del funcionamiento del aparato institucional democrático no habría peor y más grave ataque al régimen en que ha de actuar ese aparato, que el desconocimiento de las decisiones fundacionales del Estado, cuando el principio de la soberanía popular es pretermitido. Piénsese no más, en las nefastas consecuencias políticas que ha traído en occidente la suplantación del órgano de la representación popular por el Ejecutivo en materia del diseño de las instituciones legales, sobre todo de aquellas instituciones vinculadas al valor de la libertad.

Y ello es lo que sucede en el asunto que nos ocupa, pues de lo que aquí se trata es de la decisión del poder de reforma, de alterar lo que el poder constituyente ha decidido en materia esencial de la organización y funcionamiento del Estado democrático, como es la competencia para dictar la ley que regula nada más ni nada menos que el derecho a la libertad dentro de un Estado Social de Derecho, cuando en el contexto del principio de la soberanía popular, la ley es entendida como expresión de la voluntad del pueblo adoptada por su legítimo representante.

Con la decisión adoptada por el Congreso en ejercicio de su poder de reforma, de otorgar facultades extraordinarias al Ejecutivo para regular asuntos que son de reserva de ley por decisión del Constituyente, se configura nítidamente la transformación de la identidad de la Constitución en uno de los aspectos esenciales que más y mejor la identifica: el principio de la soberanía popular.

Por ello, considera el Despacho que el poder de reforma en este caso desbordó su ámbito de competencia, pues resulta claro que la definición de competencia de las ramas del poder público es potestad inequívoca del constituyente primario, que es la instancia histórica y conceptual de donde ese poder toma su existencia y define sus lineamientos institucionales. De allí que la suplantación de un poder por otro se haga más palpable con la consecuente invasión en ámbitos vedados para el poder de reforma.

10. **Conclusión**

En mérito de lo expuesto, el Viceprocurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la **Inexequibilidad** del aparte del inciso segundo del artículo 4° transitorio del Acto Legislativo número 03 de 2002, en el que se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos de las leyes estatutarias y los códigos allí mencionados, por cuanto con el otorgamiento de tales facultades el Congreso de la República desbordó los límites del poder de reforma a él atribuidos por la Constitución Política.

Señores Magistrados,

Carlos Arturo Gómez Pavajeau,
Viceprocurador General de la Nación.

CONTENIDO

Gaceta número 354-Martes 13 de julio de 2004
SENADO DE LA REPUBLICA

Págs.

ACTAS DE COMISION

Sesiones Ordinarias – Cuatrienio 2002-2006
Legislatura 2003-2004 – Segundo Período
Comisión Primera

Acta número 37 de 2004, mayo 18 1
Acta número 38 de 2004, mayo 25 6

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2004