

Sentencia C-1092/03

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Naturaleza formal y rogada

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Término

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Finalidad específica de la presencia en el proceso penal

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Trámite legislativo de las expresiones acusadas

TRAMITE LEGISLATIVO-Principio de identidad y consecutividad

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Posibilidad que durante la segunda vuelta se introduzcan modificaciones a los textos aprobados en primera vuelta/PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Imposibilidad de introducir temas nuevos en la segunda vuelta/PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Admisibilidad de modificaciones sobre iniciativas previamente discutidas y aprobadas

PROYECTO DE LEY-Trámite ordinario/PROYECTO DE LEY-Debates/PROYECTO DE LEY-Modificaciones, adiciones y supresiones en segundo debate/PROYECTO DE LEY-Modificaciones deben respetar los principios de consecutividad y de identidad relativa

PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD E IDENTIDAD-Consagración expresa para el trámite de actos legislativos

PRINCIPIO DE IDENTIDAD-Evolución conceptual a partir de la Constitución Política vigente

ACTO LEGISLATIVO-Afianza el sistema procesal penal

ACTO LEGISLATIVO-Decisiones que restringen derechos constitucionales son tomados por los jueces y tribunales

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Funciones judiciales/FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Sometida al control judicial cuando ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales

JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS-Funciones podrían agruparse según el momento en que se ejercen

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Expresión añadida no fue objeto de discusión en los debates que precedieron su inclusión

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Expresión "al solo efecto de determinar su validez" representa una modificación esencial del texto aprobado en primera vuelta/PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Expresión acusada introdujo un cambio que significó una restricción del concepto de control de garantías

CONTROL DE LEGALIDAD FORMAL DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA-Alcance

CONTROL DE LEGALIDAD MATERIAL DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA-Alcance

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Expresiones acusadas son el resultado de la consideración y amplio debate de las posiciones conceptuales en torno del principio de jerarquía y unidad de gestión

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Aplicación de acuerdo con la gradualidad que determine la ley “y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezcan”/PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Corresponde a una precisión inherente al tema de la vigencia o aplicación de la reforma

Referencia: expediente D-4489

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2, el numeral tercero del artículo 3 y el inciso primero del artículo 5 del Acto Legislativo No.03 de 2002, “por el cual se reforma la Constitución Nacional”

Actor: Pedro Pablo Camargo

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil tres (2003).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Pedro Pablo Camargo presentó demanda contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2, el numeral tercero del artículo 3 y el inciso primero del artículo 5 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, “por el cual se reforma la Constitución Nacional”.

De la misma forma, se solicitó a los citados funcionarios certificar el quórum y las mayorías con que se aprobaron las disposiciones que conforman el Acto Legislativo objeto de impugnación, en cada uno de los debates, tanto en la primera como en la segunda vuelta.

Así como certificar sobre el trámite que se imprimió en cada una de las Cámaras Legislativas en relación con las expresiones acusadas contenidas en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, indicando en forma clara y precisa, cuál fue la votación con que se aprobaron dichos textos en las Comisiones y Plenarias, tanto en la primera como en la segunda vuelta.

Igualmente ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del presente proceso al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro del Interior y de Justicia, al Fiscal General de la Nación y al Defensor del Pueblo, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Así mismo ordenó invitar a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Andina de Juristas y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal con el mismo fin.

En auto de fecha 10 de abril de 2003 el Magistrado Sustanciador requirió al Secretario General del Senado de la República para que enviara con destino al presente proceso copia de las Gacetas del Congreso números 296, 310 y 590 de 2002.

Posteriormente, mediante auto del 30 de abril de 2003, el Magistrado Sustanciador una vez visto el informe secretarial respectivo y recibidas las pruebas solicitadas ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y correr traslado al Señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

A través de oficio No. DP-0552, del 6 de mayo de 2003, el Procurador General de la Nación, manifestó a la Corte que se encontraba impedido para conceptuar sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, toda vez que, en su condición de Procurador General participó en la discusión del Proyecto que dio origen al Acto Legislativo No.03 de 2002, objeto de revisión. En consecuencia, solicitó a esta Corporación que de aceptar el impedimento manifestado, ordenara dar traslado del presente proceso al Viceprocurador General de la Nación habilitado legalmente para actuar.

Mediante auto del 13 de mayo de 2003, la Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió sobre el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, mediante oficio No. DP-0552, para rendir el concepto fiscal dispuesto por el artículo 242 numeral 2, en concordancia con el artículo 278 numeral 5 de la Carta Política, en el expediente D-4889. En dicha providencia aceptó el impedimento manifestado por el Procurador General y en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, numeral 3 del Decreto 262 de 2000, ordenó que una vez levantada la suspensión decretada en el proceso de la referencia con ocasión del impedimento propuesto por el Procurador General de la Nación, se corriera traslado por el término restante al Señor Viceprocurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.¹

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

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002. Se subraya lo demandado.

“ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

(diciembre 19)

por el cual se reforma la Constitución Nacional.

“El Congreso de Colombia

DECRETA

(...)

Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

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

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Artículo 3°. El artículo 251 de la Constitución Política quedará así:

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

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

(...)

Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

I. LA DEMANDA

El demandante, afirma que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 375 constitucional, toda vez que contienen vicios de procedimiento en su formación, pues durante el trámite legislativo no se surtieron los debates que exige el citado artículo constitucional.

Afirma el actor que el texto del numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política, tal como fue introducido en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, debe ser declarado inexecutable por no haberse surtido en su trámite legislativo los ocho debates que exige el artículo 375 superior, ello en consideración de que en la segunda vuelta se introdujo la frase: "...al solo efecto de determinar su validez...", lo que a su juicio cambia el fondo del control de legalidad de los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones efectuados por la Fiscalía General de la Nación, sin el previo mandamiento judicial como lo exige la Constitución Política.

En relación con el párrafo del artículo 250 de la Constitución, aduce que éste debe ser declarado inexecutable por no haberse surtido en su trámite legislativo los debates requeridos, como quiera que dicho párrafo, solo fue insertado en el texto de la norma en la segunda vuelta.

Así mismo, frente al numeral tercero del artículo 251 superior, señala que éste debe ser declarado igualmente inexecutable por no haberse surtido en su trámite legislativo los debates que exige la Carta Política y además al haberse introducido en la segunda vuelta las frases: "...asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren..." y "...sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley...".

Para finalizar indica que el texto del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo No. 03 de 2002, tal como fue adoptado en la segunda vuelta no corresponde al aprobado en la primera vuelta. En efecto, en el texto aprobado en la segunda vuelta aparecen iniciativas no presentadas y debatidas en la primera y en consecuencia se introdujeron las nuevas expresiones: "...únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca..." y "...el nuevo sistema deberá entrar en vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008...".

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

La entidad señalada a través de apoderada judicial, debidamente acreditada interviene en el presente proceso, para solicitar que se declare la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, a partir de las consideraciones que enseguida se sintetizan.

Hace un extenso recuento del trámite legislativo surtido (primer y segundo período) en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, por las disposiciones acusadas contenidas en el Acto Legislativo No. 03 de 2002.

Afirma que no existe vulneración al artículo 375 constitucional, toda vez que debido a las discrepancias existentes entre el texto aprobado en la plenaria del Senado de la República y el texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes se conformó una Comisión Accidental de Mediación. El informe de conciliación rendido por la Comisión Accidental de Mediación, fue aprobado de manera independiente por las plenarios de ambas cámaras.

Señala que del análisis de las Gacetas del Congreso en donde consta el trámite surtido por el proyecto de Acto Legislativo, se puede observar que las disposiciones acusadas cumplieron con los términos y requisitos consagrados en la Constitución y en la Ley 5 de 1992, de forma tal que los preceptos objeto de acusación, fueron incluidos en el texto del proyecto de Acto Legislativo presentado por el Gobierno Nacional, y fueron objeto de estudio, discusión, modificación y votación en los cuatro debates que integraron la primera vuelta siendo aprobados en todos ellos.

Afirma que del mismo modo ocurrió en la segunda vuelta, donde los preceptos demandados también fueron objeto de estudio, discusión, votación y modificación en los cuatro debates, siendo aprobados en todos ellos, así pues, el cargo formulado en el sentido de que las expresiones acusadas no surtieron los ocho debates exigidos no está llamado a prosperar.

Indica que: "...al realizar una interpretación armónica de los artículos 158, 160 y 161 superiores permiten concluir que las plenarios pueden introducir modificaciones a lo aprobado en las Comisiones Constitucionales Permanentes, siempre y cuando conserve la identidad del proyecto y que en el segundo periodo solamente se podrán estudiar los temas aprobados en el primero...".

En ese sentido, sostiene que a las Comisiones Constitucionales Permanentes y a las Plenarios de las Cámaras, por ser inherente a la función legislativa, les corresponde modificar y aún suprimir, total o parcialmente, el texto inicialmente sometido a su consideración. En sustento de su tesis, cita algunos apartes de las sentencias C-807/01 y C-222/97, a través de las que esta Corporación se pronunció en relación con las modificaciones que pueden hacerse a los proyectos de ley durante el trámite legislativo.

Aduce que la Constitución establece que las comisiones y las plenarios de las Cámaras pueden hacer cambios a un proyecto de ley, y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara no obligan a repetir todo el trámite, ya que una comisión accidental de conciliación elabora un texto unificado en el que se armonizan las diferencias y éste posteriormente es sometido a la aprobación de las plenarios; esa es la razón, por la que no se requiere que los proyectos de Acto Legislativo tengan el mismo texto durante los ocho

debates, pues la única limitación que establece la Constitución es que lo que no aparezca en el texto aprobado en la primera vuelta y publicado al culminar ésta no tiene cabida en el segundo periodo ordinario de sesiones ni pueden ya introducir nuevos temas.

Concluye que no existió ningún vicio de forma durante el trámite de aprobación de las disposiciones acusadas contenidas en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, por cuanto los preceptos acusados fueron discutidos y aprobados en las comisiones y plenarias del Congreso, respetando los plazos, trámites y quórum contemplados en la Constitución y en la Ley 5 de 1992.

2. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de las disposiciones acusadas; con base en los argumentos que se resumen a continuación.

Estima el interviniente que no es acertado interpretar el artículo 375 superior en el sentido que la literalidad de todo texto reformativo de la Constitución aprobado en primera vuelta deba permanecer incólume en la segunda etapa de dicho proceso legislativo, pues de aceptarse esa hipótesis hermenéutica, se anularía la facultad del Congreso para modificar y reestructurar todo proyecto de ley, ya que este órgano se convertiría en un hacedor de trámites formales, propósito no querido por el Constituyente. Así pues, le está permitido al Congreso cambiar, modificar o agregar contenidos normativos a las figuras jurídicas debatidas y aprobadas en primera vuelta de todo acto legislativo, eso sí respetando su esencia.

En ese orden de ideas, el control de legalidad por parte del juez de garantías, contemplado en el artículo 2-2 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, siempre estuvo presente durante los ocho debates de la reforma constitucional, de forma tal que: "...lo que hubo fue un cambio de literalidad sobre la figura jurídica respectiva, sin tocar para nada su esencia de control judicial, mutación acorde con las normas constitucionales y, legales para tal fin...".

En relación con la acusación contra el párrafo del artículo 250 superior, considera que el espíritu del legislador al plasmar el nuevo modelo acusatorio constitucional fue garantizar la presencia de las entidades necesarias para su cabal operatividad, de donde se deduce que la concurrencia del Ministerio Público dentro del proceso penal siempre estuvo prevista.

Indica que aunque no coincida la textura del precepto acusado con la disposición originalmente aprobada, esa inconsonancia no la convierte per se en inconstitucional, pues: "...la esencia de la figura institucional se mantuvo, es decir, la comparecencia de la Procuraduría en los juicios punitivos, la cual fue debidamente debatida y aprobada por la célula congresional a lo largo de los ocho debates, tanto de primera como segunda vuelta, cumpliéndose entonces el requisito constitucional para toda reforma de la Carta Política...".

En ese sentido, la misma hipótesis de constitucionalidad debe predicarse de la expresión establecida en el numeral 3 del artículo 3 acusado, toda vez que, desde la primera etapa del proceso legislativo se estableció la estructura jurídica administrativa del órgano investigador, en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General de la Nación y por tanto las modificaciones

que a la citada expresión se dieron en la segunda vuelta no mutan la sustancia de dicha institución, pues consignar el poder de desplazamiento y asunción de la investigación penal por parte de tan alto funcionario, es una consecuencia lógica de dicha organización, ya que los Fiscales administran justicia por delegación del máximo representante de ese ente, quien puede reasumir dichas funciones en cualquier momento.

Estima que la frase: “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, vulnera el artículo 375 superior, toda vez que, desde la exposición de motivos de la enmienda constitucional hasta su culminación en la primera etapa procedimental nunca se consideró ese tema, por el contrario siempre se reiteró la importancia de la dependencia de los fiscales delegados con su máxima autoridad (principio de subordinación), como una manera de cristalizar la unidad de gestión y jerarquía de la estructura funcional del organismo acusador; de donde se concluye que la disposición normativa en comento significa una modificación esencial en la institución política que se reforma.

Finalmente, frente al cargo formulado contra la vigencia del Acto Legislativo, considera que no debe prosperar: “... por cuanto las variaciones presentadas en el trámite legislativo se explican en la necesidad de adecuar correctamente las instituciones jurídicas que quedaron plasmadas definitivamente en la reforma constitucional, sin que los cambios en la gradualidad de la aplicación de la norma implique un giro determinante de lo reglado...”.

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, atendiendo la invitación hecha por esta Corporación, hizo llegar el concepto que preparó la académica Angela María Buitrago Ruiz, solicitando la inexecutable de las normas demandadas, que se resume a continuación.

La interviniente manifiesta que para analizar los cargos de la demanda, se deben considerar aspectos tales como los relativos a los principios de identidad y de consecutividad durante el trámite legislativo. A manera explicativa cita apartes de las sentencias C-198/02, C-737/01, C-922/00, C-760/01 y C-198/01, mediante las que esta Corporación se pronunció sobre los principios anteriormente referidos.

Así mismo, cita el texto final del Acto Legislativo No. 03 de 2002, que fue aprobado en la Cámara de Representantes, así como el aprobado en el Senado de la República. De la misma manera transcribe cada uno de los artículos demandados que fueron aprobados en cada una de las cámaras legislativas con el fin de efectuar un cotejo entre ellos y establecer las posibles diferencias durante el trámite de su aprobación.

Aduce que es necesario tener en cuenta el principio de identidad para examinar lo que la Corte ha considerado vital en cuanto a la aceptación de la flexibilización del citado principio. Cita como sustento de sus aseveraciones un aparte de la sentencia C-922 de 2000 sobre este aspecto concreto.

Considera que el asunto central objeto de estudio consiste en establecer si lo incluido en la segunda vuelta responde a una relación entre la materia propuesta y la debatida.

En ese sentido, afirma que en el numeral 2 del artículo 2 la modificación efectuada no guarda relación entre la materia propuesta y la debatida, pues con ésta se introdujo una limitación que se refiere a una materia diferente en lo que tiene que ver con la clase de control que se debe ejercer, que considera no puede ser introducida sin haber sido discutida con el lleno de formalidades, toda vez que el cambio es sustancial y diverso frente al texto de la norma presentada y aprobada por una de las plenarias.

Así pues, estima que además de la inexistencia de relación entre la materia debatida y la aprobada, debe haber también identificación en el aspecto de la modificación formal o sustancial, pues al incluirse la expresión demandada ésta genera una norma totalmente diversa a la debatida y aprobada en primera instancia, de forma tal que el cargo formulado contra esta norma debe prosperar parcialmente.

En relación con el párrafo del artículo 2, considera que la adición de esta norma no tiene nada que ver con la materia aprobada y efectivamente se trata de una temática totalmente distinta a la que se consideró en primera instancia por lo tanto el cargo formulado contra esta norma debe igualmente prosperar.

En lo que tiene que ver con el numeral 3 del artículo 3 y el artículo 5 acusado considera frente al primero que además de no haberse tratado en la primera vuelta crea una verdadera antinomia con el principio de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales; y frente al segundo afirma que a pesar de que se trata de la gradualidad con que debe operar la norma se tratan aspectos que no guardan relación con la unidad temática y por lo tanto los cargos planteados en contra de estas disposiciones deben prosperar.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Viceprocurador General de la Nación, allegó el concepto número 3295, recibido el 23 de julio de 2003, en el que solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicia su intervención señalando que del contenido de las Gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite que se surtió en éste órgano durante la aprobación del Acto Legislativo tanto en el primer como en el segundo debate, se puede inferir que el tema de la intervención del Ministerio Público en el nuevo sistema de investigación que se estaba diseñando, siempre estuvo presente en el curso de los debates de conformidad con la exigencia contemplada en el artículo 375 constitucional.

Hace un extenso y detallado recuento en relación con el trámite del Acto Legislativo No. 03 de 2002 en el primer periodo ordinario surtido en el Congreso, referido en especial a la intervención del Ministerio Público en el nuevo sistema penal y concluye que en los cuatro debates en la primera vuelta al que fue sometido el proyecto de Acto Legislativo en Cámara y Senado, los congresistas tuvieron la oportunidad de debatir y considerar lo relativo a la intervención del Ministerio Público en el nuevo sistema penal.

En ese sentido, afirma que los congresistas consideraron que la institución como tal, no tenía cabida en el nuevo sistema, por tanto se preveía el traslado de funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a la Fiscalía y a la judicatura, en todo caso, el Congreso

admitió la necesidad de garantizar la comparecencia de todos los servidores públicos que fuesen necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema penal.

Igualmente, hace un extenso y detallado recuento del trámite del Acto Legislativo No. 03 de 2002, surtido en el Congreso, en el segundo periodo ordinario, referido en especial a la intervención del Ministerio Público en el nuevo sistema penal.

En este punto advierte que: "... a diferencia de lo que se venía aprobando hasta esta etapa del proceso legislativo, se consideró que el Ministerio Público sí debía tener participación activa en el nuevo sistema penal que se estaba aprobando, a efectos de cumplir el mandato a él encomendado en el artículo 277 de la Constitución, razón por la que se desistió de la idea de excluirlo y, por ende, se modifica el proyecto en lo que hace al traslado de los funcionarios del ente de control a la Fiscalía o a la judicatura...".

Estima que entonces la modificación en este debate consistió en la reubicación del párrafo que pasó de ser integrante del artículo 8 transitorio al artículo 2 del texto definitivo del proyecto de Acto Legislativo. Así pues, el texto del proyecto, una vez aprobado en sus ocho debates reglamentarios fue sometido a la correspondiente comisión de conciliación, quien en su informe presentó a consideración de las plenarias el texto del párrafo 2, informe que fue aprobado por las plenarias de Senado y Cámara de Representantes y publicado en la Gaceta del Congreso No. 27 del 31 de enero de 2003.

Considera que el ordenamiento superior en el artículo 375, regula el trámite que deben agotar los proyectos de Actos Legislativos, en ese sentido la Corte Constitucional mediante las sentencias C-222/97 y C-543/98, se ha referido a las exigencias constitucionales de las reformas a la Carta por la vía de acto legislativo, y ha sostenido que en el trámite de estos proyectos deben aplicarse las disposiciones que se refieren al proceso legislativo ordinario contenidas en la Constitución y en la Ley 5 de 1992, siempre que estas no sean contrarias al proceso de reforma constitucional.

Señala que: "...Entre los requisitos que señaló el Constituyente y que diferencian el trámite de un acto reformativo de la Constitución, a través del acto legislativo, con una ley ordinaria, se encuentra el de discutir y aprobar su texto en ocho (8) debates y la prohibición de introducir en el segundo periodo de discusión, textos no aprobados en el primero, salvo cuando el texto introducido durante la segunda vuelta haga parte de la esencia del texto aprobado en el primer periodo de discusión...". Cita como sustento de sus aseveraciones un aparte de la sentencia C-222/97 en donde la Corte se pronunció sobre este tema.

Afirma que en virtud de lo dispuesto en los artículos 160 superior y 226 de la Ley 5 de 1992, es posible introducir modificaciones al texto aprobado en primera vuelta siempre y cuando éstas sean de la esencia del referido texto, de forma tal que si la posibilidad de introducir modificaciones al texto aprobado en primera vuelta estuviese restringida en segunda vuelta al estricto contenido del mismo, su trámite en esta etapa se reduciría a la simple repetición o duplicidad del proceso de aprobación del mismo, limitando de este modo la posibilidad de que en esa etapa se debata con amplitud lo aprobado en la primera legislatura. Cita las sentencias C-487/02 y C-222/97 sobre este aspecto.

Concluye en este punto que de un análisis juicioso del trámite que se surtió en el Congreso

para la expedición del párrafo del artículo 2 acusado, se deduce que esa norma sufrió transformaciones a lo largo de los debates en cuanto a su cobertura dentro del proceso penal, pues los congresistas consideraron que era más propio del proceso penal mantener la actuación del Ministerio Público en todas las fases del proceso penal e hicieron una extensión de lo inicialmente considerado para que dicha actuación se ajustara al contenido del artículo 227 constitucional, para que a pesar de la reforma que implica el nuevo sistema, la Procuraduría siguiese cumpliendo sus funciones como lo hacía antes de la reforma.

Así pues, la modificación que se efectuó en el Senado no puede considerarse como un aspecto nuevo no debatido en la Cámara de Representantes, porque el tema referido a la intervención del Ministerio Público en el esquema del sistema penal, siempre estuvo presente en el texto de las ponencias del primer debate.

Aduce que en relación con la inclusión del párrafo en el artículo 2, este no altera la sustancia del asunto (naturaleza del sistema penal) que a título de reforma fue propuesto, debatido y aprobado durante el primer y segundo periodo que surtió el Acto Legislativo No. 03 de 2002, toda vez que, la intervención del Ministerio Público en las investigaciones penales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, constituye una manifestación del principio garantista, según el cual el Estado y las partes deben contar con instrumentos que les permitan el aseguramiento del debido proceso y el mantenimiento de un orden justo.

Además a la luz del artículo 277 constitucional el Constituyente quiso que la Procuraduría General de la Nación se constituyera en garante del cumplimiento del orden jurídico y de la tutela de los derechos de los implicados en el proceso penal, cualquiera que sea el sistema penal que el Estado adopte.

Frente a la adición efectuada al numeral 2 del artículo 2, con la expresión "...al sólo efecto de determinar su validez...", reitera su criterio según el que toda modificación o adición introducida por el legislador al texto original de un acto legislativo reformativo de la Constitución, es ajustado al ordenamiento superior si el texto introducido en la segunda vuelta hace parte de la esencia de la reforma debatida en la primera vuelta.

En ese orden de ideas, hace un breve recuento del trámite surtido en las Cámaras Legislativas para la adición y aprobación de la citada expresión dentro del texto del artículo 2, citando un aparte de la sentencia C-037/96 en la que la Corte se pronunció respecto del ejercicio de la función jurisdiccional en relación con la Fiscalía General de la Nación, con base en el cual el interviniente concluye que: "... la aclaración adicionada en el segundo debate de la segunda vuelta al numeral segundo del artículo 2 del Acto Legislativo en análisis es de la esencia del contenido normativo de dicho numeral segundo, y en tal virtud, su inclusión en el segundo debate no es contraria a la Constitución...".

En relación con el numeral 3 del artículo 3 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, efectúa el mismo análisis a partir del cotejo de los textos aprobados en primera y segunda vuelta en ambas Cámaras Legislativas y en ese sentido afirma que la variación en la construcción semántica o en la redacción del precepto acusado entre la primera y la segunda vuelta, no constituye per se un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que, con la citada adición en ningún momento se mutó o desnaturalizó la esencia de la función especial de otorgamiento y reasunción de los procesos por parte del Fiscal General cuando las circunstancias lo

aconsejen.

Cita como sustento de sus aseveraciones la sentencia C-037/96, a través de la que esta Corporación examinó el contenido de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y para el caso bajo estudio examinó el artículo 27 relacionado con la función constitucional asignada a la Fiscalía General de la Nación.

Concluye en este punto que: "...lo que hizo el legislador en la segunda vuelta fue dar una nueva redacción al inciso 3 del artículo 3 a efectos de precisar su alcance, pero sin variar la finalidad de la propuesta inicial y de la exposición de motivos, cual era el de dotar de facultades especiales al Fiscal General de la Nación, sin perjuicio de su función como supremo director de las investigaciones penales, para los efectos establecidos en la Constitución Política a cargo del ente que él representa y con la expresa sujeción a la Ley, por lo que la disposición acusada, en criterio de este Despacho, se ajusta en un todo al ordenamiento superior...".

Para finalizar su intervención, indica que frente al artículo 5 acusado, relativo a la vigencia del Acto Legislativo No.03 de 2002, si bien no comporta la misma redacción que tenía el proyecto original publicado en la Gaceta del Congreso, comporta en esencia los mismos lineamientos generales que en un primer momento se tuvieron en cuenta por los ponentes a efectos de determinar las fechas en que se implementaría el sistema acusatorio.

Concluye entonces que: "...en su esencia, el artículo referido a la vigencia, aprobado en la segunda vuelta, únicamente difiere en cuanto hace algunas precisiones necesarias, que no riñen con el contenido esencial de la reforma; de igual manera, adopta algunas medidas convenientes para su implementación, pero, en todo caso, coherentes con la estructura de la reforma, por lo que ella no puede ser contraria a la Constitución...".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 1° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

Como quiera que el control sobre este tipo de normas no es de carácter oficioso, sino rogado, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional², el examen de constitucionalidad que se hará a continuación se limitará a resolver la acusación planteada por el demandante.

2. Oportunidad de la acción

Como se señaló en el auto admisorio, el acto Legislativo 03 de 2002 fue publicado el primero de agosto del mismo año y la demanda fue presentada el 18 de febrero de 2003, esto es, dentro del término de un año que prescribe el segundo inciso del artículo 379 de la Constitución.

3. La materia sujeta a examen

Las expresiones acusadas se encuentran incluidas en el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política. En particular, respecto de algunas de las expresiones incluidas en los artículos 250 y 251, así como de la integridad del artículo 5 transitorio, el demandante sostiene que el trámite legislativo para su aprobación vulneró el artículo 375 de la Constitución Política.

- La primera de las normas acusadas, esto es, el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución, tal como fue aprobado en dicha enmienda, hace referencia a uno de los deberes que corresponden a la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de sus funciones. La norma señala pues, que a dicha entidad corresponde “[A]delantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.” y añade que “[E]n estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”. La acusación del demandante advierte que la expresión subrayada fue incluida en la segunda vuelta o periodo del trámite legislativo y asegura que con ella se modificó el fondo del control de garantías a cargo del juez respecto de las funciones asignadas en el propio numeral al órgano investigador, vulnerando así el artículo 375 de la Constitución Política.

En punto al cargo reseñado, tanto el Ministerio del Interior, la Fiscalía General de la Nación y la Vista Fiscal coincidieron en afirmar que el texto incluido en el segundo periodo del trámite legislativo, consiste en una precisión que no afecta el fondo de la función de control de legalidad a cargo del juez que la ejerce. Por su parte, la interviniente en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, argumentó que el texto añadido no guarda relación entre la materia propuesta y la debatida, pues introdujo una limitación que se refiere a una materia diferente en lo que tiene que ver con la clase de control que se debe ejercer, que no podía ser introducida sin haber sido discutida con el lleno de formalidades, toda vez que constituye, en su criterio, un cambio sustancial de la norma aprobada por una de las plenarios.

- El párrafo del artículo 250 aprobado por el artículo 2 de Acto Legislativo 03 de 2002, también acusado, se encargó de precisar que con el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal adoptado con la reforma, la Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo con las funciones que le asigna el artículo 277 de la Constitución Política. Según el demandante, esta norma no cumplió con los ocho debates constitucionales, pues se trata de un precepto que solo fue incluido en la segunda vuelta o periodo legislativo.

En relación con este cargo, la Procuraduría General de la Nación, luego de hacer un detallado recuento del trámite legislativo, afirmó que el tema de la intervención del Ministerio Público fue siempre materia debate -como también lo sostuvo el Ministerio del Interior y la Fiscalía General de la Nación-, tanto así que en el primer periodo legislativo se consideró que dicha intervención podía resultar incompatible con el nuevo sistema adoptado y, en el segundo periodo, se reconsideró dicha tesis para concluir que el Ministerio Público sí debía tener participación activa en el nuevo sistema penal que se estaba aprobando, a efectos de cumplir el mandato a él encomendado en el artículo 277 de la Constitución, razón por la que se desistió de la idea de excluirlo y, por ende, se modificó el proyecto en lo que hace al

traslado de los funcionarios del ente de control a la Fiscalía o a la judicatura. De esta manera, la Vista Fiscal señala que la modificación consistió en la reubicación del párrafo que pasó de ser integrante del artículo 8 transitorio al artículo 2 del texto definitivo del proyecto de Acto Legislativo.

Por su parte, para el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, el párrafo acusado, resulta ser una adición del artículo 250 superior, que no tiene nada que ver con la materia, pues se ocupa de una temática totalmente distinta y, por lo tanto, solicita que prospere el cargo formulado contra dicha norma.

- Ahora bien, el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución aprobado por el artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002, alude a una de las denominadas funciones especiales del Fiscal General de la Nación conforme a la cual le corresponde “Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.” En relación con esta norma, si bien el accionante la señala en su integridad como demandada, puntualiza sus cargos solo respecto de las expresiones subrayadas, en tanto asegura que fueron incluidas en la segunda vuelta o periodo del trámite legislativo.

La Fiscalía General de la Nación en su intervención advierte que la primera de las expresiones debe ser declarada constitucional toda vez que desde la primera etapa del proceso legislativo se estableció la estructura jurídica administrativa del órgano investigador, en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General de la Nación y, por tanto, sostiene que las modificaciones que a la citada expresión se dieron en la segunda vuelta no modificaron la sustancia de dicha institución, pues consignar el poder de desplazamiento y asunción de la investigación penal por parte de tan alto funcionario, es una consecuencia lógica de dicha organización, ya que los Fiscales administran justicia por delegación del máximo representante de ese ente, quien puede reasumir dichas funciones en cualquier momento.

Con argumentos sustancialmente idénticos la Vista Fiscal y el Ministerio del Interior solicitaron que se declarara la constitucionalidad de la norma, a lo que se opone el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, por considerar que además de no haberse tratado este precepto en la primera vuelta, crea una verdadera antinomia con el principio de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales.

Respecto de la segunda de las expresiones subrayadas, la propia Fiscalía General de la Nación argumenta que se trata de un precepto inconstitucional, como quiera que desde la exposición de motivos de la enmienda constitucional hasta su culminación en la primera etapa procedimental nunca se consideró ese tema, advierte que por el contrario siempre se reiteró la importancia de la dependencia de los fiscales delegados a su máxima autoridad (principio de subordinación), como una manera de cristalizar la unidad de gestión y jerarquía de la estructura funcional del organismo acusador; de donde concluye que la disposición normativa en comento significa una modificación esencial de la institución política que se reforma. Esta solicitud, con argumentos sustancialmente similares, la comparte el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Por su parte, la Vista Fiscal solicita que se declare la constitucionalidad de la expresión en comento por considerar que el legislador en la segunda vuelta tan solo dio una nueva redacción a la norma con el fin de precisar su alcance, pero sin variar la finalidad de la propuesta inicial y de la exposición de motivos, cual era dotar de facultades especiales al Fiscal General de la Nación, sin perjuicio de su función como supremo director de las investigaciones penales, para los efectos establecidos en la Constitución Política a cargo del ente que él representa y con la expresa sujeción a la ley, por lo que la disposición acusada, en su criterio, se ajusta al ordenamiento superior.

- El artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 formula precisiones en cuanto a la vigencia de la enmienda, indicando que la misma “rige a partir de su aprobación pero se aplicará con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca.” y que “[L]a aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.”

Sobre esta acusación la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio del Interior y la Fiscalía General de la Nación coincidieron en desestimarla por considerar que si bien la redacción del artículo presenta variaciones respecto del que se presentara originalmente, ellas se explican en la necesidad de adecuar correctamente las instituciones jurídicas que se implementaron a través de la reforma. Sobre el punto señalan que lo que se quiso y se mantuvo a lo largo del debate fue deferir en el legislador la decisión sobre la gradualidad en la aplicación del nuevo sistema y el régimen de transición, sin perjuicio de la entrada en vigencia del Acto Legislativo a partir de su aprobación, aspecto este que no cambió durante el curso de los ocho debates, además, advirtieron que el texto que se adecuó en la segunda vuelta precisa los extremos de temporalidad para que el acto legislativo pueda ser aplicado, modificando las fechas, expresando razonadamente la conveniencia de ellos y previendo que para la implementación de un sistema penal nuevo era necesario que la Defensoría Pública estuviese en capacidad de responder al sistema, pues de acuerdo con la motivación era preciso contar con esta institución.

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal afirma sobre el particular que la norma trata aspectos que no guardan relación con la unidad temática y, en consecuencia, debe ser declarada inexecutable.

- En estas circunstancias, corresponde a la Corte, a partir del examen del trámite legislativo surtido por el Acto Legislativo 03 de 2002, determinar si las modificaciones efectuadas a través de los apartes acusados alteraron la esencia de lo aprobado inicialmente, desconociendo así el artículo 375 superior, conforme al cual en el segundo periodo legislativo en el que se discuta la aprobación de una reforma constitucional “solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.”

3. Consideración preliminar. Cosa juzgada en relación con el párrafo del artículo 2 del acto legislativo 3 de 2002 que modifica el artículo 250 constitucional.

Con ocasión del estudio de la demanda de inconstitucionalidad radicada en esta Corporación con el número D-4475, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-966 de 2003, resolvió

declarar la exequibilidad del párrafo del artículo 250 constitucional aprobado por la reforma, frente al cargo planteado por la supuesta vulneración del artículo 375 constitucional.

Para la demandante de dicho proceso, la norma referida no había sido objeto de los debates necesarios para su aprobación, cargo que coincide con el planteado en la presente oportunidad. Al respecto, esta Corte, luego de hacer un recuento del trámite legislativo del párrafo acusado, concluyó que la norma censurada “es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, y que giró en torno al papel de la Procuraduría General de la Nación en el desarrollo del nuevo sistema acusatorio del proceso penal.”

Así mismo, la sentencia referida advirtió que no obstante la propuesta original, contrario a lo aprobado finalmente, preveía no admitir la presencia del Ministerio Público en la etapa de investigación de los procesos penales bajo el esquema penal procesal acusatorio, la aprobación del párrafo no representó una modificación esencial de la institución política que se reformaba. Al respecto explicó:

“Para esta Corporación, la discusión acerca de la presencia de la Procuraduría en el proceso penal tenía una finalidad específica y era determinar el alcance de la protección de las garantías procesales -diferentes a la libertad del procesado- y del interés público comprometido en el modelo judicial acusatorio. Así, el marco conceptual dentro del cual se presentó dicho debate no era, en sí mismo, el de la presencia de la Procuraduría en el proceso penal. Esta era apenas una discusión instrumental dirigida a solucionar el problema de la preservación de la legitimidad del proceso judicial en todos sus ámbitos.

Por la razón anterior, la Corte considera que la ‘institución política objeto de reforma’ a que se refiere el artículo 226 de la Ley 5ª cuando prohíbe las modificaciones esenciales, no es la Procuraduría como agente del proceso penal sino la protección de las garantías individuales y públicas en dicho proceso. Es en éste contexto en el que el debate del Ministerio Público adquiere relevancia y sentido práctico. Por ello el Congreso, preocupado por garantizar el grado máximo de la legitimidad del proceso penal, decide ampliar y reforzar la gama de protección ofrecida inicialmente por el juez de garantías y le permite al Ministerio Público seguir ejerciendo las funciones asignadas por el artículo 277 de la Carta en el trámite de las diligencias penales bajo el nuevo sistema acusatorio.”

De esta forma, existiendo identidad entre la norma acusada y el cargo examinado en la sentencia referida, con la norma y el cargo planteado en esta oportunidad, la Corte habrá de estarse a lo resuelto en la citada providencia, por haberse presentado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

4. El trámite legislativo de las expresiones acusadas

4.1 Primera vuelta

4.1.1 Presentación del proyecto.

El Gobierno Nacional, representado por los Ministros del Interior y de Justicia, presentó el 26

de abril de 2002 en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el entonces proyecto de acto legislativo bajo análisis, radicado en dicha Corporación con el número 237.

El proyecto se publicó en la Gaceta del Congreso No. 134 de 2002 y respecto de las normas que incluyen las expresiones acusadas, en la exposición de motivos se hizo referencia a ellas en los términos que enseguida se señalan.

4.1.1.1 Numeral 2 del artículo 250 constitucional.

La exposición de motivos del Acto Legislativo sometido a examen explicó el contenido de la reforma respecto de las funciones asignadas por la norma a la Fiscalía General de la Nación y, en particular, respecto de las funciones de control que ejerce el denominado “juez de control de garantías” sobre las diligencias de registro, allanamiento, incautación o interceptación de comunicaciones a cargo de dicha entidad en la etapa de investigación, se reconoció de manera expresa que constituía uno de los cambios sustanciales de la reforma y una necesidad ante la adopción de un sistema penal de tipo acusatorio. Al respecto se explicó:

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

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

Es necesario permitir que el juez sea entonces quien lleve a cabo la evaluación de medidas como las mencionadas, ya que este tipo de decisiones en cabeza del fiscal, resultan potencialmente violatorias de los derechos de los sindicados que se ven sometidas a ellas. Dicho examen posterior e inmediato permitirá confirmar la necesidad que motivó al fiscal

para adelantar la incautación o interceptación telefónica, según sea el caso, a la luz de consideraciones respecto de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida.

Por otro lado, la adopción de dicha medida no resultaría contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es coherente con la colaboración que debe predicarse de los funcionarios del aparato judicial. El profesor Polo Montalvo hace alusión a una situación análoga, donde lo único que cambia es la medida que lleva a cabo el fiscal -en este caso se trata de la medida de aseguramiento- y el derecho fundamental en cuestión - la libertad -. Sin embargo, sus argumentos son aplicables a nuestro caso. Y paso seguido añade: “Además, es perfectamente congruente con el espíritu garantista de la Carta que se extremen los rigores frente a medidas que, como los autos de detención o las órdenes de allanamiento, limitan los derechos fundamentales, como la libertad o la intimidad, por lo cual es perfectamente legítimo que el legislador pueda establecer la intervención facultativa u obligatoria de los jueces durante esta fase instructiva, con el fin de controlar al ente acusador y proteger en la mejor forma posible las garantías procesales”⁴³.

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

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

El control judicial posterior también se aplica en materia de requisas personales, en tales eventos que se puedan ver comprometidos los derechos fundamentales de quienes se ven obligados a someterse a ellos. El Tribunal Supremo de España establece que, en los casos en los que un individuo se vea sometido a un examen radiológico cuyo objeto es examinar la presencia de droga en su organismo (inspección del cuerpo humano que incide directamente sobre el ámbito de la propia intimidad), la autoridad que haya decidido llevarlo a cabo deberá permitir un control judicial posterior. Así las cosas, los agentes policiales que decidan qué personas deben someterse a dichos controles, deben expresar las razones justificadoras de la intervención que no puede fundarse en una sospecha inconcreta e indefinida, debiendo dejarse constancia documental bastante sobre la aceptación voluntaria del control y del respeto de los derechos fundamentales⁴⁴.

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

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

De las consideraciones referidas resulta pertinente llamar la atención sobre los apartes subrayados, en los que se justificó y definió cuál es el contenido del control de legalidad que lleva a cabo el “juez de control de garantías”. El numeral propuesto por el Gobierno era del siguiente tenor:

“2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos, el juez de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, contadas a partir de su conocimiento.”

Se observa que la expresión a que alude el demandante y que en su criterio constituye una modificación de tipo esencial, según la cual la función del juez se restringe a “determinar la validez” de la diligencia, en efecto no hacía parte del artículo original.

4.1.1.2 Numeral 3 del artículo 251 constitucional

En lo que respecta al tema abordado por el numeral referido, la propuesta gubernamental hizo alusión a la necesidad de establecer para la Fiscalía General de la Nación una estructura jerarquizada, similar a la que se presenta en otros países que acogen el sistema acusatorio, con el fin de definir líneas homogéneas de gestión en el desarrollo de las investigaciones y de encauzar la responsabilidad política sobre las decisiones de la entidad.

Sobre dicho particular dijo el Gobierno:

“...resulta evidente que la Fiscalía debe tener unas características particulares que le posibiliten cumplir con su delicada función, siendo la primera de ellas la posibilidad de realizar actos de investigación 55.

De esta forma, para que lo anterior se pueda cumplir se requiere una dirección centralizada de las actividades investigativas, para lo cual la propuesta concibe que sea un ente comunitario centralizado el que se encargue de las investigaciones dentro de espacio común

56.

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

- i) Dirección de la actividad de investigación 57
- ii) Control del juez nacional que ejerza la función de juez de libertades 58
- iii) Apertura de juicio previo control judicial 59
- iv) Actuación ante las organizaciones judiciales nacionales 60
- v) Modelo de tendencia acusatoria 61
- vi) Independencia
- vii) Dirección Jerarquizada 62
- viii) Descentralización 63
- ix) Principio de subordinación 64

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

(...)

d) Caso de Alemania

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

(...)

h) Caso de México

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

i) Caso de Estados Unidos de América y Puerto Rico

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

(...)

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

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

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

[...]

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

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

Las consideraciones transcritas parcialmente, entre otras, respaldaban el texto de la norma censurada, cual era del siguiente tenor:

“Artículo 4°. El artículo 251 quedará así:

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

(...)

3. Asignar y desplazar libremente a sus funcionarios en las investigaciones y procesos. Asimismo, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en cada caso, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y de jerarquía.”

En este caso se observa igualmente que las expresiones a que hace referencia el demandante no hacían parte del texto del proyecto del acto legislativo propuesto por el Gobierno. Adelante se establecerá en qué momento del trámite fueron incluidas dichas expresiones y si ello ocurrió en el segundo periodo o “vuelta”, se analizará cuál fue el fundamento y si modificaron sustancialmente la iniciativa aprobada en el primer periodo.

4.1.1.3 El artículo 5 transitorio del acto legislativo

En cuanto a la entrada en vigencia de la enmienda, la exposición de motivos explicó que en la medida en que ella representa un replanteamiento profundo de la manera como funciona el aparato judicial, el artículo transitorio referido responde a la necesidad de establecer un régimen de transición que permita fijar pautas normativas y presupuestales necesarias para su implantación definitiva. Sobre el particular el Gobierno explicó:

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

De la misma manera, hay que armonizar las exigencias del sistema con la partida presupuestal que se dirigirá para tal fin.

(...)

Con el fin de aplicar el principio acusatorio, deberá expedirse la normatividad que afectaría Códigos y legislación vigente, en particular el Código de Procedimiento Penal que haría parte del proceso de transición necesario para adaptar la administración de justicia al nuevo esquema de funcionamiento; así mismo, un esquema de transición implicaría la aplicación del sistema, partiendo de la Corte Suprema de Justicia, además de empezar a extenderse a aquellos distritos judiciales que se establezca, sin superar un término de cuatro (4) años para que el sistema opere en todo el país.

(...)

Existe el antecedente en la Constitución de 1991, en donde, mediante dos artículos transitorios el 43 y el 53, el Constituyente reguló la materia que corresponde a las gestiones de carácter presupuestal necesarias, dirigidas a la creación y funcionamiento de las nuevas instituciones creadas.”

El artículo propuesto disponía:

“Artículo 5°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación; el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la ley, la cual establecerá el régimen de transición que se iniciará en la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) y los Distritos Judiciales que allí se señalen, para que se extienda a los demás, en un término máximo de cuatro (4) años, contados a partir de la vigencia de este acto legislativo.”

4.1.2 Primer debate en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes

Los Honorables Representantes ponentes designados por el Presidente de dicha célula legislativa, rindieron el informe respectivo y propusieron el texto para llevar a cabo el primer debate, tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 148 del 7 de mayo del año 2002.

Los artículos de los que hacen parte las expresiones acusadas, conservaron en gran medida la misma redacción y contenido de los textos propuestos por el Gobierno Nacional; las modificaciones o adiciones se advierten en relación con cada uno de ellos en el aparte siguiente. Ahora bien, de acuerdo con la publicación que de ellos se hiciera en la Gaceta del Congreso No. 156 de 2002, se advierte que resultaron aprobados en los términos previstos por la ponencia presentada ante dicha célula legislativa, en sesión del día 7 de mayo de 2002, según consta en el acta número 30.

4.1.2.1 Numeral 2 del artículo 250 constitucional

En cuanto a la función de control de legalidad que ejerce el denominado juez de control de garantías sobre las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptaciones que lleva a cabo la Fiscalía, la ponencia destacó la importancia y la necesidad de la asignación de esta competencia en los términos en que la norma lo hace, al tiempo que precisó que la función a cargo del juez consiste en la evaluación sobre la “pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad que fundaron la medida, aspecto fundamental, pues hoy en día este tipo de decisiones no tienen control judicial alguno.”

El texto propuesto y que resultó aprobado en la Comisión añadió la expresión “contadas a partir de su conocimiento.” y es del siguiente tenor:

“Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos, el juez de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, contadas a partir de su conocimiento”

4.1.2.2 Numeral 3 del artículo 251 constitucional

Luego de hacer un recuento de los argumentos expuestos por el Gobierno Nacional en torno al tema de la estructura orgánica y la mecánica funcional de la Fiscalía General de la Nación,

la ponencia aprobada concluyó “que es un aspecto esencial del funcionamiento de una fiscalía moderna contar con una estructura jerárquica determinada, con la posibilidad de hacer políticamente responsable a la institución a través de su superior jerárquico. Es claro también que la institución, dentro de las amplias facultades para investigar y acusar, se encuentre limitada por un control estricto en el interior de la misma.”

El artículo propuesto y aprobado en esta etapa del trámite es idéntico al que presentara el Gobierno Nacional.

4.1.2.3 Artículo 5 transitorio del acto legislativo

Del mismo modo, en cuanto a la vigencia de la reforma constitucional, la ponencia manifestó compartir las razones expresadas por el Gobierno respecto de la necesidad de establecer en el propio texto de la enmienda las pautas para el funcionamiento de un régimen de transición. Al respecto se expresó:

“IV. Régimen de transición hacia el nuevo sistema

Compartimos con el gobierno el plazo prudencial de cuatro años a partir de la promulgación del Proyecto de Acto Legislativo número..., para permitir el proceso de transición hacia la implementación de un sistema de corte acusatorio en el procedimiento penal colombiano, la adopción de juicios orales, públicos y contradictorios, y la aplicación de la doble instancia en los procesos ante la Corte Suprema de Justicia. En este término se deberá llevar a cabo foros gubernamentales, discusiones académicas y publicidad a través de los medios, para enterar a los funcionarios del aparato judicial y a la ciudadanía sobre la reforma, y para adelantar las reformas de infraestructura que se necesiten, entre otras para la adecuación de las salas de audiencias para los juicios orales.

Con este fin también se deberá expedir la normatividad respecto de los Códigos y legislación vigente, en particular el Código de Procedimiento Penal. Es oportuna la forma que se propone para difundir la reforma mediante la aplicación del sistema, partiendo de la Corte Suprema de Justicia, por ser la más alta Corte de la jurisdicción penal, hacia abajo en la pirámide jerárquica. La difusión deberá extenderse a aquellos distritos judiciales que se establezca, sin superar un término de cuatro (4) años para que el sistema opere en todo el país.”

La norma pertinente propuesta y aprobada en esta etapa del trámite es idéntica a la que presentara el Gobierno Nacional.

4.1.3 Segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes

La ponencia y el texto propuesto para segundo debate en la Plenaria del Cámara de Representantes fueron publicados en la Gaceta del Congreso No. 157 del 10 de mayo de 2002.

La plenaria de dicha Corporación, según consta en el acta 197 publicada en la Gaceta del Congreso No. 269 de 2002, aprobó el proyecto en sesión del 16 de mayo de 2002. El texto aprobado en dicha etapa del trámite legislativo se publicó en la Gaceta del Congreso No. 174 de 2002.

Del análisis del expediente legislativo en torno de lo acontecido con los artículos que contienen las expresiones acusadas, se advierte que la única modificación al respecto consistió en la eliminación de la expresión que fuera adicionada al numeral 2 del artículo 250 constitucional en el primer debate surtido en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, conforme a la cual el término de treinta y seis horas de plazo para que el juez de control de garantías lleve a cabo su función se contaría a partir del conocimiento que éste tenga de las diligencias adelantadas por el fiscal.

4.1.4 Primer debate en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República

Los Honorables Senadores Cecilia Rodríguez González R., Luis Humberto Gómez Gallo y Germán Vargas Lleras presentaron ponencia favorable para el primer debate del proyecto de acto legislativo en dicha célula legislativa y el Honorable Senador Darío Martínez Betancourt suscribió por separado una ponencia favorable denominada "minoritaria". Los dos documentos fueron publicados en la Gaceta del Congreso No. 210 de 2002.

Conforme a la constancia publicada en la Gaceta del Congreso No. 232 de 2002, las ponencias fueron consideradas en sesión del 6 de junio de 2002, Acta 35. Allí mismo se publicó el texto aprobado en esta etapa del trámite.

4.1.4.1 Numeral 2 del artículo 250 constitucional

Respecto de las modificaciones pretendidas con la reforma al artículo 250 constitucional y, en concreto, en lo que atañe a la figura del juez de control de garantías, la ponencia expresó algunas precisiones en cuanto a la justificación de su existencia en el sistema acusatorio. Al respecto explicó:

"El artículo 6° modifica el actual artículo 250, allí se establece que el Fiscal debe solicitarle al Juez de Control de Garantías las medidas de aseguramiento contra los presuntos infractores, lo mismo que las medidas necesarias para la asistencia de las víctimas y para el restablecimiento del derecho.

En este punto es necesario hacer la siguiente aclaración: Con el nuevo sistema se establecen dos clases de jueces diferentes: el de Control de Garantías y el de Conocimiento. El objetivo de esta división es que el Juez de conocimiento, quien es el director del juicio, de la audiencia pública y oral y quien va a dictar la sentencia correspondiente, llegue a ese momento sin haberse contaminado de la prueba que tiene el Fiscal, en cambio el Juez de Control será aquel que interviene antes del juicio, a solicitud del Fiscal para tomar ciertas determinaciones, o posteriormente luego de que se han tomado ciertas medidas, aun cuando esta última hipótesis es excepcional. Sin embargo lo anterior no significa que el Juez de Conocimiento no sea de Garantías; todo lo contrario esa es su función principal, aun cuando tiene otras como la de dictar sentencia, función que no tiene el Juez de Control.

(...)

Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente que el Control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente formal sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona.

En una oportunidad anterior, al ser tramitado un proyecto de similar contenido, por la preocupación que teníamos diferentes Senadores sobre la suerte de los procesos que hoy son de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, a saber Terrorismo, Narcotráfico, Secuestro, Extorsión y Enriquecimiento ilícito, propusimos un inciso del siguiente contenido: 'Provisionalmente la fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, respecto de los hechos punibles de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, sin perjuicio de su revisión posterior por estos jueces, y durante el tiempo de su existencia.'. En el entendido que los Fiscales tenían más garantías y seguridades que los jueces, además, con el agravante de que por efecto de la Ley 504 de 1999, estos jueces habían quedado distribuidos en muchas partes del país, donde era muy difícil darles protección, y sin esta protección era muy complicado someter a un juez a que asumiera el control de la investigación realizada por un Fiscal.

Hoy hemos repensado el tema, y consideramos que posiblemente el inciso transcrito podría llevar un efecto contrario al deseado. Efectivamente sería mandar la idea que el sistema acusatorio es laxo y flexible y que no sirve para el juzgamiento de ciertos comportamientos. Cuando es todo lo contrario. Es cierto que el sistema acusatorio es garantista, pero igualmente es fuerte en la investigación, hasta el extremo que en ese terreno el Fiscal es poderoso y soberano, lo hace sin límite de tiempo, por ejemplo. Entonces creemos que con el sistema planteado sí se puede hacer frente a la delincuencia organizada, solo que proponemos, para ser incluida en la Ley Estatutaria de la Justicia y en el Código de Procedimiento Penal que esos Jueces del Circuito Especializados sean sustituidos por Jueces Penales de Distrito, aglutinados en las capitales de departamento, pero con competencia en todo un distrito, y así es posible que se les pueda resguardar con todas las seguridades para que puedan tomar decisiones imparciales, y sin estar expuestos a toda clase de amenazas." (Subrayas fuera de texto)

Las anteriores consideraciones si bien complementaron las razones que para el Gobierno justifican la existencia del artículo propuesto, no tuvieron como consecuencia la modificación de la norma.

4.1.4.2 Numeral 3 del artículo 251 constitucional

En relación con esta norma, la ponencia presentó algunas nuevas consideraciones con el fin de justificar la existencia de una estructura jerarquizada en la Fiscalía General de la Nación, dada la adopción del sistema acusatorio que se pretende instituir con la reforma. Sobre el punto se expresó lo siguiente.

"El artículo 7° que modifica el artículo 251, el único comentario que se justifica es el relacionado con el numeral 3, pues allí se dice que es función del Fiscal General: 'Asignar y desplazar libremente a sus funcionarios en las investigaciones y procesos. Asimismo determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en cada caso, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y de jerarquía.'.

Los principios de gestión y jerarquía y la asignación y desplazamiento libremente en una Fiscalía con funciones judiciales, como existe hoy, son la más clara manifestación de la

antijusticia, el Fiscal que puede desplazar, la reasignación, el principio de jerarquía violentan flagrantemente los principios de autonomía y libertad de que deben estar investidos los jueces. Pero en un sistema acusatorio, donde la Fiscalía sólo tiene funciones de investigación, y por el contrario es lógico, razonable y necesario que el fiscal determine qué comportamientos se investigarán con más recursos, establecer directrices de jefe en esas investigaciones, coordinar con el Presidente de la República a qué actividades hay que ponerle mayor atención, debido a una posible alteración del orden público, etc.” (Subraya fuera de texto)

A pesar de estas nuevas consideraciones, el texto se conservó idéntico una vez aprobado en esta etapa del trámite. Así mismo, cabe anotar que la Comisión se negó a la eliminación del texto de la norma en comento, propuesta por uno de los honorables senadores.

4.1.4.3 Artículo 5 transitorio del acto legislativo

Se observa que el artículo aprobado en esta etapa del trámite en relación con el tema de la vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, modificó la parte final del que hasta ese momento se venía aprobando, en el sentido de referirse con detalle a la gradualidad con que habría de implementarse el sistema acusatorio.

El artículo aprobado es del siguiente tenor.

“Artículo 10. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la ley, la cual establecerá el régimen de transición que iniciará en la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) a partir del trece (13) de enero de 2004 y en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el primero (1º) de julio de 2004. En los juzgados, de conformidad con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de la siguiente manera: Distritos el primero (1º) de julio de 2004 y en los Juzgados Penales de Circuito y Municipales entre el primero (1º) de enero de 2005 y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2007, respetando la gradualidad para que el nuevo sistema sea implementado por Distritos Judiciales en forma sucesiva, sin exceder el plazo señalado.” (Negrilla fuera de texto)

La parte destacada en negrilla fue adicionada al texto del artículo y su inclusión se justificó durante la sesión por la Honorable Senadora Cecilia Rodríguez González-Rubio (proposición 112):

“Qué pena con los Senadores es realmente algo muy pequeño que por solicitud del Ministro de Justicia quisimos precisar en el artículo de vigencia simplemente. Si quieren lo leo directamente o se lo entrego a la Secretaría, es casi igual y simplemente para que deroga (sic) el presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la Ley la cual establecerá el régimen de transición que iniciará en la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal a partir del 13 de enero/2004, y en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el 1º de julio/2004. En los juzgados de conformidad con la Ley Estatutaria de administración de justicia de la siguiente manera:

Distritos el 1º de julio/2004, y en los juzgados penales de circuito y municipales entre el 1º de enero/2005 y hasta el 31 de diciembre/2007, respetando la gradualidad para que el nuevo

sistema sea implementado por Distritos judiciales en forma sucesiva sin exceder el plazo señalado.

La intención, la preocupación del Ministro de justicia era que hubiese la posibilidad de hacerlo gradualmente sin que eso presentara un riesgo que luego de pronto invocando el derecho a la igualdad de que por qué se estaba haciendo primero en unos y luego en otros y eso fuese a complicar el proyecto. Simplemente de forma el Senador Darío Martínez había adoptado el artículo de vigencia de la ponencia nuestra de manera que no hay inconveniente con eso.”

4.1.5 Segundo debate en la Plenaria del Senado de la República

La ponencia que se discutió en esta etapa del trámite fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 232 del 14 de junio de 2002. La plenaria impartió su aprobación en sesión del 18 de junio de 2002, según consta en la Gaceta del Congreso No. 258 del 2 de julio del mismo año.

La única modificación que se hizo de los textos aprobados en el debate inmediatamente anterior, fue respecto del numeral 2 del artículo 250 constitucional y consistió en volver a incluir la expresión “contadas a partir de su conocimiento” al final de dicha norma.

4.1.6 Comisión accidental de conciliación

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución, desarrollado por el artículo 186 a 189 de la Ley 5ª. de 1992, se designó una comisión de conciliación con el fin de adoptar un único texto del entonces Proyecto de Acto Legislativo sub examine. De la comisión hicieron parte los Honorables Representantes Tarquino Pacheco y Eduardo Enríquez, así como los Senadores Darío Martínez y Luis Humberto Gómez Gallo, quienes por designación de los respectivos Presidentes de las Cámaras Legislativas, pusieron en consideración de las Plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes el texto conciliado, el cual fue aprobado en cada una de ellas según consta en la Gaceta del Congreso No. 245 de 2002, Acta 38 del 19 de junio de 2002 y en la Gaceta del Congreso No. 310 de 2002, Acta número 207 de la sesión ordinaria del día jueves 20 de junio de 2002.

En lo que atañe a los artículos acusados se conservaron los textos aprobados en la Plenaria del Senado de la República.

4.2 Publicación

Mediante Decreto 1500 del 19 de julio de 2002 , según consta en el Diario Oficial No. 44.872 de la misma fecha, se dispuso la publicación del texto definitivo del acto legislativo aprobado en la primera vuelta y en efecto se reprodujo en dicho instrumento el contenido del mismo, en el que se mantiene el texto original del párrafo aludido.

4.3 Segunda Vuelta

4.3.1 Primer debate de la segunda vuelta en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes

La ponencia que se discutió en esta etapa del trámite se publicó en la Gaceta del Congreso

No. 401 del 27 de septiembre de 2002. Según se indica en constancia publicada en la Gaceta del Congreso No. 432 de 2002, en sesión del 8 de octubre de 2002, documentada en el Acta número 5, se aprobó el proyecto de Acto Legislativo; en dicha gaceta consta también el texto aprobado por la Comisión.

Cabe destacar que si bien la ponencia presentada propuso la adición de la expresión “contadas a partir de su realización o del conocimiento por parte del afectado y a instancia suya” al final del numeral 2 del artículo 250 constitucional, surtido el debate el artículo aprobado no la incluyó.

En relación con el numeral 3 del artículo 251 acusado, se observa que no se propusieron ni aprobaron modificaciones en esta etapa del trámite.

Por su parte, respecto del artículo del acto legislativo que precisa la vigencia de la reforma, se propuso el texto que a continuación se transcribe que, salvo modificaciones menores en la redacción, guarda identidad sustancial con el que fuera aprobado al finalizar la primera vuelta o periodo legislativo.

“Artículo 18. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación; el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la ley, la cual establecerá el régimen de transición. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) a partir del 13 de enero de 2004, en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el 1º de julio de 2004 y en los juzgados penales de circuito y municipales, a partir del 1º de enero de 2005, de manera gradual y sucesiva en todos los Distritos Judiciales, sin exceder el plazo señalado.”

No obstante, surtida la discusión, el texto aprobado sobre esta materia fue el siguiente.

“Artículo 9º. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación; el nuevo sistema se aplicará de acuerdo con la ley, la cual establecerá el régimen de transición. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en la Corte Suprema de Justicia el 1º de julio de 2004 y en los Distritos Judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva.”

4.3.2 Segundo debate de la segunda vuelta en la Plenaria de la Cámara de Representantes

En esta etapa del trámite los textos propuestos y aprobados son idénticos a los que la Comisión Primera de dicha Corporación adoptó. La ponencia consta en la Gaceta del Congreso No. 432 de 2002 y el texto definitivo en la Gaceta del Congreso No. 467 de 2002.

4.3.3 Primer debate de la segunda vuelta en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República

La ponencia considerada en esta célula legislativa fue publicada en la Gaceta del Congreso No 531 del 21 de noviembre de 2002. Según consta en el Acta 17 publicada en la Gaceta del Congreso No. 110 de 2002, en sesión del 25 de noviembre de 2002 se aprobó el proyecto de acto legislativo por la comisión (discutido también en las sesiones del 20 y 22 de noviembre de 2002, Actas 15 y 16, Gacetas del Congreso No. 108 y 109 de 2003); respecto de las normas acusadas se presentaron las modificaciones que se advierten a continuación.

4.3.3.1 Numeral 2 del artículo 250 constitucional

Si bien el texto propuesto para adelantar el debate fue idéntico al adoptado en la etapa inmediatamente anterior, del análisis del texto aprobado en la Comisión Primera del Senado se advierte que la norma fue adicionada con la frase objeto de acusación por el demandante. Así, el texto aprobado dispuso:

“Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.” (Subraya fuera de texto)

Del estudio del acta en la que se documentó la sesión se observa que la expresión adicionada se adoptó con ocasión de la proposición 098 presentada por el señor Ministro del Interior, quien justificó su iniciativa en los siguientes términos:

“Sí, señor Presidente, ¿qué es lo que controla el juez de garantías? Cuando la prueba ya ha sido decretada y ya ha sido practicada. Lo que controla exclusivamente es si la prueba se hizo o no conforme a derecho, no califica su poder probatorio porque eso está reservado al juez del conocimiento.

El juez del conocimiento será el que diga si el allanamiento o las pruebas recogidas en el allanamiento son suficientes para establecer un determinado hecho como probado. De manera que es solamente para determinar si hubo validez.

Con esta circunstancia importantísima que el probable vicio de forma en que se hubiere incurrido, no va ser descubierto años después cuando ya sea demasiado tarde y el costo para el proceso sea enorme. Entonces el juez de garantías dirá de una vez y para siempre, es decir, con efecto de cosas juzgada, producirá un efecto preclusivo dentro de la instancia, dirá con efecto de la cosa juzgada, si la prueba fue válida o no fue válida y ya queda definitivamente incorporada al proceso o rechazada de él. Por eso propongo que se haga esa adición que explica cuál es el alcance de la intervención del juez de garantías en ese tema.” (transcripción literal del acta)

4.3.3.2 Numeral 3 del artículo 251 constitucional

Respecto de esta norma se advierte igualmente que el texto propuesto para adelantar el debate fue idéntico al adoptado en la etapa inmediatamente anterior; pero el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado fue modificado acogiendo la proposición No 103 presentada por el Honorable Senador Carlos Holguín Sardi. Así, el texto aprobado dispuso:

“3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Del análisis de este texto se observa que adicionó las expresiones subrayadas y cambió la redacción del aparte destacado en negrilla.

4.3.3.3 Artículo 5 transitorio

El texto del artículo relacionado con la vigencia que se propuso en la ponencia, optó por omitir señalar a partir de qué momento el nuevo sistema iniciaría a regir en la Corte Suprema, tal como lo indicaba el artículo aprobado en la etapa anterior y, en su lugar, tomó como referente inicial la fecha en que entraría a regir en los distritos judiciales. Así mismo, el artículo propuesto indicó una fecha límite para la implantación del nuevo modelo, esto es, el 31 de diciembre de 2007.

En curso el debate en la Comisión, se votó y aprobó una proposición del Honorable Senador Carlos Holguin Sardi en relación con el artículo en comentó (No. 111). Así pues, el texto aprobado del artículo fue.

“Artículo 5º. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva sin incluir las conductas asignadas a competencia de los jueces penales de Circuito Especializado. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008.

Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la defensoría pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velará por su cumplimiento.”

Se advierte pues que el artículo adoptado por la Comisión amplió el plazo para la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal y añadió un parágrafo transitorio en el que se exigieron algunos requisitos para la “adecuada implementación” del Acto Legislativo.

4.3.4 Segundo debate de la segunda vuelta en la plenaria del Senado de la República

4.3.5 Comisión accidental de conciliación

De igual forma como ocurriera una vez terminado el primer periodo legislativo o primera vuelta, se conformó una comisión accidental de conciliación con el fin de adoptar un único texto en cumplimiento del artículo 161 de la Constitución, desarrollado por el artículo 186 a 189 de la Ley 5ª de 1992. De la comisión hicieron parte los Honorables Congresistas Javier Cáceres Leal, Germán Vargas Lleras, Luis Humberto Gómez, Samuel Moreno, Darío Martínez Betancourt, Armando Benedetti, Griselda Yaneth Restrepo, Jesús Ignacio García, Zamir Silva, Luis Fernando Velasco, Hernando Torres, Eduardo Enríquez Maya y Alonso Acosta. El texto conciliado fue aprobado por la Plenaria de cada una de las Cámaras según consta en las Gacetas del Congreso Nos. 31 y 78 de 2003 y conservó en su integridad el texto adoptado en la Plenaria del Senado de la República.

Hecho este recuento, la Corte procede a analizar la acusación planteada en la demanda.

5. El análisis de los cargos

Para el demandante las expresiones acusadas del Acto Legislativo 03 de 2002 fueron aprobadas irregularmente porque no cumplieron con los debates requeridos por el artículo 375 de la Constitución Política y modificaron la esencia de la iniciativa y de los textos aprobados en la primera vuelta o periodo legislativo desconociendo lo dispuesto por el artículo 226 de la Ley 5ª de 1992.

El cargo planteado por el demandante sugiere a la Corte la observancia de su propia jurisprudencia en cuanto a los principios de identidad y consecutividad del trámite legislativo, en relación con los cuales, en punto al control de constitucionalidad respecto de actos legislativos, esta Corporación ha tenido la oportunidad de expresar:

“De esta manera formulado, el anterior cargo sería insuficiente para provocar la declaratoria de inexecutable de las disposiciones acusadas, por cuanto el artículo 375 de la Constitución no impide que durante la segunda vuelta se introduzcan modificaciones a los textos aprobados en primera. Por el contrario, la norma constitucional expresamente señala que en el segundo período deberá adelantarse un debate sobre lo aprobado en el primero, y tal debate, al tenor de lo dispuesto en el artículo 160 de la Carta implica la posibilidad de introducir modificaciones a lo previamente aprobado. Del artículo 375 superior sólo se desprende la limitación según la cual, en el segundo periodo, el debate únicamente puede versar sobre iniciativas que hayan sido presentadas en el primero.

Nótese que la norma se refiere, en primer lugar, a “iniciativas”, que es un concepto mucho más amplio que el de “textos”, en la medida en que una iniciativa puede tener distintas expresiones y diferentes alcances, los cuales, precisamente, habrán de ser configurados a lo largo del debate. Quiere ello decir que en el segundo periodo no es posible introducir temas nuevos, esto es, iniciativas nuevas que no hayan sido presentadas en el primero. Sin embargo, si es posible debatir las iniciativas presentadas en el primero, a partir del texto del proyecto aprobado, que debe publicar el Gobierno, y como consecuencia del debate, introducirles las reformas que se estimen necesarias.

La norma del artículo 375, sin embargo, no agota la regulación constitucional de la materia, por cuanto para establecer el alcance de las facultades que tiene el Congreso en los debates legislativos es necesario acudir a los correspondientes artículos de la Constitución y al reglamento del Congreso.

De acuerdo con el artículo 157 de la Constitución, el trámite ordinario de los proyectos de ley, que es parcialmente aplicable a los proyectos de acto legislativo, implica cuatro debates, dos en cada Cámara. A su vez, el artículo 160 de la Carta dispone que durante el segundo debate, cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. El alcance de esta norma, conjuntamente con el del artículo 161, ha sido fijado por la jurisprudencia constitucional, que ha precisado que las modificaciones que se surtan en un proyecto en el curso de los debates parlamentarios, deben respetar los principios de consecutividad y de identidad relativa. Esto es, en cada debate sólo pueden discutirse los asuntos que hayan sido considerados en los debates precedentes, y las modificaciones y adiciones que se introduzcan deben guardar relación de conexidad con lo que ha sido debatido en las etapas anteriores del trámite legislativo.

Estos principios han sido consagrados de manera expresa para el trámite de los actos

legislativos en el artículo 226 del reglamento del Congreso, conforme al cual resultan admisibles las modificaciones que se hagan en la segunda vuelta, siempre que versen sobre iniciativas presentadas en la primera vuelta y no alteren la esencia de lo aprobado inicialmente.

Por consiguiente, no basta con señalar que el texto de un acto legislativo es diferente del que se aprobó al culminar la primera vuelta para que se configure un cargo de inconstitucionalidad, sino que es necesario mostrar en qué medida esa diferencia afecta la esencia de lo aprobado inicialmente o constituye un tema nuevo no susceptible de incorporarse en el segundo periodo legislativo.”³

Así mismo, la jurisprudencia ha reconocido que el principio de identidad ha sido objeto de una evolución conceptual a partir de la expedición de la Constitución 1991, por cuyas normas el concepto se “relativizó” o flexibilizó⁴. En efecto, la Corte advirtió que “[B]ajo la vigencia de la Constitución de 1886 la Corte Suprema de Justicia, cuando tenía a su cargo el control de constitucionalidad, sostuvo que con fundamento en el principio de identidad un proyecto de ley debía ser exactamente el mismo en las diferentes instancias de su trámite. Sin embargo, la situación varió fundamentalmente a raíz de la expedición de la Constitución de 1991, cuyas normas admiten la posibilidad de que en las plenarias de las Cámaras se puedan introducir modificaciones a un proyecto, siempre que se guarde relación con la materia propuesta y debatida. Y el problema relativo a las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara se resolvió con la previsión contemplada en el art. 161, que mediante las comisiones accidentales que deben preparar el texto unificado que supere las diferencias acaecidas, que requiere ser aprobado por las plenarias de cada Cámara, busca remediar aquéllas y darle la necesaria unidad normativa al proyecto.”⁵

Así las cosas, en razón del cargo planteado por el accionante, el examen de constitucionalidad impone la observancia de las pautas jurisprudenciales a las que se ha hecho referencia, mediante la cuales, en desarrollo de la Constitución, se pretende garantizar la coherencia temática y procedimental del trámite legislativo; lo que a su vez propende por el respeto del principio democrático en la formación de las normas.

5.1 La acusación contra el numeral 2 del artículo 250 constitucional

A pesar de ello, la Fiscalía General de la Nación conservó importantes funciones judiciales como aquellas a las que alude el numeral acusado, que en efecto son restrictivas de los derechos a la libertad, intimidad y la propiedad.

En esta circunstancias, el Constituyente, retomando la experiencia de la estructura básica del proceso penal en el derecho penal comparado, previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o control de garantías - según la denominación de la propia norma -, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho.

En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en

particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica.

Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.

Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.

La expresión añadida en el séptimo debate surtido en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República y sobre la cual el demandante hace especial énfasis, optó por definir el contenido de dicho control de garantías a cargo del juez, indicando que esta función se circunscribe a verificar la "validez" de las diligencias mencionadas. Sobre el particular, la demanda asegura que con esta modificación se afecta la esencia de la institución jurídica aprobada una vez concluido el primer periodo legislativo, mientras que, en el curso del debate, se consideró necesaria para precisar que se reservaría al juez de conocimiento la facultad para evaluar el valor probatorio de tales diligencias, siempre que el de garantías las declare válidas.

Así las cosas, debe la Corte, establecer en qué medida la adición de la expresión "al solo efecto de determinar su validez" representa una modificación esencial del texto aprobado en primera vuelta y si en realidad erige una restricción del control de garantías que no fue discutida inicialmente.

Sobre el particular, se advierte que la iniciativa Gubernamental definió un sistema de control jurisdiccional en la etapa de investigación a cargo de un funcionario distinto del fiscal que ordena la práctica de la diligencia y del juez que conoce de la causa. De esta manera, las funciones a cargo del juez de garantías, de acuerdo con el Acto Legislativo, podrían agruparse tomando como criterio el momento en el que se ejercen.

Así, de acuerdo con las previsiones de1 artículo 250 constitucional, corresponde al juez de garantías ejercer un control previo y con ocasión de él autorizar o no las solicitudes que eleve el fiscal para que se adopten medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de

las víctimas. Así mismo, corresponde al juez ejercer el control sobre la aplicación del principio de oportunidad.

De otra parte, el juez de garantías ejerce un control posterior que deberá realizarse a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la diligencia en el caso de: i) las capturas que realice de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con los límites y la reglamentación que establezca la ley y, ii) las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptación de comunicaciones. (Artículo 250 numerales 1 y 2)

En los anteriores términos se describió en la reforma la “institución jurídica” de los jueces de control de garantías, a quienes se concibió desde el inicio del trámite legislativo como un mecanismo para compensar o encontrar un equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que a través de la reforma se asigna a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, como mandato constitucional ineludible.

Así mismo, de las razones expuestas en los informes de ponencia respecto de la norma, se observa que el control a cargo de los jueces se configuró de manera amplia e integral y tendría por objeto el examen de las razones que motivaron el adelantamiento de la diligencia, su pertinencia y, en especial, la verificación sobre el respeto de los derechos fundamentales.

Se advierte entonces que con el nuevo sistema procesal penal, se configuraron nuevos roles para los sujetos que intervienen en el proceso y surgieron los denominados jueces de control de garantías como institución jurídica que, una vez aprobada, terminaría por complementar la tarea del Ministerio Público en lo que toca con la salvaguarda de las garantías susceptibles de ser afectadas en la etapa de investigación.

Del recuento hecho en el numeral cuarto de las consideraciones de la presente providencia sobre el trámite legislativo de la norma examinada, se observa que en torno del papel de los denominados jueces de garantías la discusión se concentró en establecer si la mención que a ellos se hacía implicaba la creación de nuevos cargos o si bastaba con el señalamiento de la función en cabeza de los jueces ordinarios de la jurisdicción penal. Así mismo, en relación con este numeral fue materia de debate el momento a partir del cual debería contabilizarse el término de 36 horas que se estableció como plazo para que inicie la tarea de control posterior del juez de garantías respecto de las diligencias de registro, allanamiento, incautaciones e interceptación de comunicaciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

Así, pues, es claro que la norma acusada no suscitó discusión alguna en cuanto al contenido de la función de control posterior que ejercen los jueces respecto de las diligencias referidas y, en lo que atañe a esa materia, conservó durante todo el trámite las mismas características. En efecto, sobre el particular se observa que las ponencias se ocuparon de sumar razones que justificaran la existencia de la norma propuesta y destacaron la necesidad de que el control fuera lo suficientemente amplio en aras de acrecentar su efectividad y así procurar el equilibrio aludido entre las funciones de la Fiscalía General de la Nación y el respeto por los derechos fundamentales. Ese ánimo garantista quedó reflejado, además, en

la decisión de mantener las funciones del Ministerio Público en la etapa de investigación en el nuevo modelo procesal penal adoptado mediante la reforma.⁶

En estas condiciones, se advierte que a lo largo del trámite legislativo se había configurado una definición del contenido del control o de la función a cargo del juez de garantías que no había sido objeto de precisión alguna en el texto constitucional pues, de acuerdo con lo expresado en las ponencias, se le asignaba a aquel una función amplia para la salvaguarda de las garantías constitucionales comprometidas en el ejercicio ordinario de las funciones asignadas a la Fiscalía.

Del mismo modo se observa que se definió un esquema procesal en el que el fiscal, el juez de garantías y el de conocimiento cumplen distintas tareas en relación con la prueba; el primero, responsable de allegar los elementos materiales para su constitución, el segundo, de su regularidad y, el tercero, de su valoración.⁷

Para la Corte con la expresión añadida en el séptimo debate se integró al texto constitucional una limitación del alcance de la función del juez de control de garantías que no fue objeto de discusión en los debates que precedieron su inclusión. Al respecto, se observa que dicho texto representó una modificación esencial, en tanto restringió las facultades que desde el inicio se concibieron en cabeza de este funcionario judicial.

En efecto, el examen sobre la validez de la diligencia a cargo del juez de garantías, al que alude el aparte añadido, constituye una modificación esencial como quiera que antes que una precisión, termina circunscribiendo la función de aquel a una tarea de especificidad tal, que permite interpretar que quedan excluidas labores que a pesar de estar encaminadas a la protección de las garantías fundamentales de las personas, no pueden ser ejercidas por el funcionario judicial en tanto no las abarca la competencia definida en dichos términos.

Para la Corte es claro que la expresión validez inserta en el numeral 2 de artículo 250 superior, es de un valor jurídico incierto en el texto constitucional, como quiera que el Constituyente derivado no tuvo oportunidad de discutir con amplitud cuáles serían los efectos de su inclusión en la norma bajo examen, lo que comporta en el precepto un sentido restrictivo esencialmente distinto a como en primera vuelta se había estructurado la institución jurídica del control de garantías.

De manera que siendo la integridad del control de garantías cuestión de la esencia de la institución de acuerdo con la forma en que fuera estructurada la norma en la primera vuelta o periodo legislativo, la expresión acusada al afectar de manera directa dicho elemento modifica la identidad de la misma. Así se advierte al observar el acta en donde se documentaron las razones de su inclusión, donde el Gobierno, representado por el Ministro del Interior y de Justicia, sugirió que con el aparte añadido se establecería que el control sería exclusivo en relación con lo vicios de forma al afirmar: “[C]on esta circunstancia importantísima que el probable vicio de forma en que se hubiere incurrido, no va ser descubierto años después cuando ya sea demasiado tarde y el costo para el proceso sea enorme.”⁸

Del examen sobre el trámite de la norma censurada la Corte puede entonces advertir que en primera vuelta el Constituyente derivado insistió siempre en que el examen a cargo del juez

de garantías respecto de las diligencias relacionadas por la propia norma abarcara elementos de tipo sustancial antes que excluirlas, pues son normas de tal carácter las que se refieren a los derechos fundamentales de las personas y la verificación sobre la vulneración o no de aquellas es precisamente el objeto principal de la tarea del funcionario a cargo del control jurisdiccional de garantías en la etapa de investigación.

Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a los que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías conforme se advierte de lo que fue el trámite en primera vuelta.

En esa medida, la expresión censurada representa un cambio esencial que restringió la forma como desde el inicio se configuró dicho control y debe entonces prosperar el cargo planteado contra la norma. En este punto, vale traer a colación algunas consideraciones expresadas por la Corte en torno de las características del control de legalidad sobre las medidas de aseguramiento ejercido de conformidad con el artículo 414^a del Código Procesal Penal vigente antes de la expedición de la Ley 600 de 2000, pues si bien corresponden a un contexto procesal distinto, describen el propósito y alcance que de conformidad con la propia Constitución debe identificar el control de naturaleza judicial que se ejerce en la etapa de instrucción sobre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto la Corte señaló:

“La inclusión de la Fiscalía General de la Nación dentro de los órganos que administran justicia, permite aseverar la existencia de la unidad de jurisdicción, razón de más para sostener que el control de legalidad previsto en el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal, no constituye una injerencia indebida en las actuaciones de la Fiscalía sino que obedece a la complementariedad de las labores que desempeñan distintos funcionarios judiciales, al principio de economía procesal, ya que va a permitir subsanar posibles fallas y desaciertos, garantizando una etapa de juzgamiento depurada de vicios, y, por contera, al propósito inabdicable de proteger celosamente los derechos del procesado.”

Así mismo, la Corte explicó el alcance del control formal y material de naturaleza judicial en la etapa de instrucción, en lo que atañe a la adopción de medidas de aseguramiento en los siguientes términos:

“Cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva. Es decir: i) orden escrita de autoridad judicial competente, ii) adopción de la medida con base en las formalidades legales y iii) motivos previamente fundados en la ley. De acuerdo con la Carta, la detención preventiva sólo procede en los casos taxativamente señalados en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley. Por ende, la inobservancia del debido proceso en lo que respecta a la restricción de la libertad personal, quebranta la Carta Política y da lugar al control de legalidad de las medidas de aseguramiento.

(...)

Cuando se examina la legalidad material, el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida. Las hipótesis referentes a los falsos juicios de existencia, a los falsos juicios de identidad y a los errores jurídicos relativos a la aducción y valoración de la prueba, no son taxativos. En consecuencia, bien puede el juez realizar el control de legalidad, cuando se encuentre frente a errores ostensibles de otra naturaleza. No puede sacrificarse la justicia material, ante la evidencia de errores protuberantes en la restricción de un derecho fundamental como la libertad.”⁹

Las anteriores referencias jurisprudenciales en torno de las características del control jurisdiccional sobre las diligencias ordenadas por la Fiscalía General de la Nación en la etapa de instrucción en las que se comprometían derechos fundamentales de los individuos, permiten afirmar, además, que el aparte añadido introdujo un cambio que significó una restricción del concepto de control de garantías que, por no haberse discutido en debida forma, habrá de declararse inexecutable.

5.2 La acusación contra el numeral 3 del artículo 251 constitucional

El artículo 251 constitucional aprobado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, se ocupa de señalar las funciones especiales a cargo del Fiscal General de la Nación. El numeral del que hacen parte las expresiones acusadas por el demandante, prevé el alcance de los principios de jerarquía y unidad de gestión incluidos en la reforma, con base en los cuales se le faculta al Fiscal General para “[A]sumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.”

Tal como se advirtiera en el recuento del trámite legislativo, las expresiones del numeral en comento censuradas por el actor fueron incluidas en el primer debate de la segunda vuelta en la Comisión Primera del Senado de la República. Así mismo, cabe señalar que desde la misma presentación del proyecto se planteó cómo en derecho comparado existen sistemas penales con mayor o menor grado de profundización del principio de jerarquía en las Fiscalías respectivas o en las instituciones funcionalmente equivalentes.

De esta manera, ya se podía prever desde el inicio que como resultado del trámite que surtiera la reforma en el Congreso, se habría de adoptar una decisión definitiva en torno a la tensión que se genera entre el principio de jerarquía que se proponía y la autonomía de los fiscales. Se observa entonces que es connatural a la discusión sobre el principio de jerarquía la definición de los contornos y límites que lo rigen, o el mayor o menor grado de su aplicación, respecto de lo cual las expresiones acusadas fijaron pautas concretas, cuya conveniencia no corresponde evaluar a la Corte.

En estas circunstancias, las modificaciones que se hicieron al texto de la disposición acusada, no son en modo alguno esenciales pues derivaron de una discusión que estuvo siempre presente desde el mismo momento en que se puso en consideración del Congreso de la República la enmienda y en desarrollo de la cual, respecto del principio de jerarquía, se

plantearon tesis que van desde su más amplia profundización hasta proposiciones que pedían su eliminación.

De manera que la modificación sustancial habría tenido lugar de optarse en el séptimo debate por un modelo funcional de la Fiscalía General de la Nación sustancialmente distinto y no considerado en el debate del proyecto en la primera vuelta, lo cual no ocurrió con las expresiones añadidas objeto de censura en la demanda, mediante las cuales se escogió una fórmula consistente en conservar el principio de jerarquía y la autonomía de los fiscales en su condición de funcionarios judiciales y en atención a la función judicial que desempeñan, en los términos y condiciones que fije la ley.

En efecto, de la síntesis que en el séptimo debate hiciera el Honorable Senador Darío Martínez Betancourt ante la Comisión Primera del Senado de la República en sesión del día 22 de noviembre de 2002, documentada en el Acta 16 publicada en la Gaceta del Congreso No. 109 del 11 de marzo de 2003, se advierte que el tema del alcance del principio de jerarquía en la Fiscalía General de la Nación fue materia de discusión desde el inicio del trámite y en desarrollo de éste siempre se procuró definir cuál sería su contenido. Sobre el particular se observa que en la primera vuelta también se consideraron proposiciones que optaban por la eliminación del principio. En la mencionada intervención se expresó:

“En la ponencia de primera vuelta yo defendí y defiendo el sistema acusatorio, no voy a repetir el discurso, pero me opuse rotundamente y me vuelvo a oponer a una de las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, que consagra la unidad de gestión y jerarquía por horribles, por antidemocráticas, por dictatoriales, porque acaban con la autonomía de los fiscales.

Las autoridades judiciales y sigue siendo la fiscalía parte de la rama jurisdiccional, enseña la Carta fundamental, solo deben estar sometidas a la constitución y a la ley Senador Gaviria y usted lo sabe más que nosotros . No a las órdenes del Fiscal General de la Nación. No a las instrucciones del Fiscal General de la Nación, no a los mandatos del Fiscal General de la Nación, no a las instrucciones del Fiscal General de la Nación.

Yo le acepto esa unidad de gestión y de jerarquía en la parte administrativa, pero no en la parte judicial. La ley estatutaria en el artículo 5º de la Ley Estatutaria de la administración de justicia, dice, ningún superior jerárquico en el orden administrativo jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. (...)”

Dado lo anterior, las expresiones acusadas son, en criterio de la Corte, el resultado de la consideración y amplio debate de las posiciones conceptuales expuestas en el trámite del Acto Legislativo en torno del principio de jerarquía y unidad de gestión y no una modificación sustancial de la institución jurídica aprobada en la primera vuelta o periodo.

En particular, en lo que toca con la expresión “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, la Corte advierte que a través de ella se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. arts. 116 -aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249), lo que en

sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía¹⁰ sino más bien una precisión sobre su proyección y alcance.

De manera que, de acuerdo con lo dispuesto por el precepto superior acusado, será el legislador quien defina el alcance de los conceptos de autonomía y jerarquía, dentro de los lineamientos del nuevo sistema adoptado. Así, la referencia a la autonomía no constituye un cambio esencial del principio de jerarquía sino una delimitación de sus alcances respecto de un objeto específico, que se sujeta a los límites previstos en la propia Constitución Política, a los que se ha hecho referencia y a “los términos y condiciones que fije la ley”.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, el cargo planteado por el actor contra la norma acusada no puede prosperar y, en consecuencia, se declarará la exequibilidad del numeral 3 del artículo 251 constitucional.

5.3 La acusación contra el artículo 5 transitorio

Mediante el artículo transitorio acusado, desde el inicio del trámite legislativo se decidió definir las reglas que habrían de ser observadas para la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal propuesto a través de la enmienda.

Según se advierte del análisis sobre el trámite de la reforma, con las expresiones sobre las cuales el demandante puntualiza los cargos contra este artículo, se hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal al consignar que el nuevo sistema se aplicaría “únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia” que en la propia ley establezca y se amplió en un año el plazo para que entrara en plena vigencia el nuevo sistema.

Ahora bien, se observa que las fórmulas consideradas a lo largo del examen sobre esta materia tenían en consideración numerosos aspectos que incidían en la definición de lo que para el Constituyente derivado sería el momento apropiado para la entrada en vigencia de la reforma. En efecto, para dicho propósito se advierte que durante el debate de esta norma se examinaron variables presupuestales, logísticas, legales y procesales, entre otras, para establecer respecto de cuáles de ellas debería consignarse en el texto del artículo una pauta específica y cuáles serían objeto de una regulación a través de la ley que definiría lo que se denominó “gradualidad” del sistema.

Así, pues, es claro que la definición sobre la vigencia de la reforma implicaba la discusión de un tema complejo que abarcaba distintas materias todas relacionadas no precisamente por su materialidad, sino por la forma como determinarían el momento en que habría de entrar en regir la enmienda. De manera que, en lo que respecta a la expresión añadida al artículo conforme a la cual el Acto Legislativo se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley “y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca”, para la Corte es evidente que corresponde a una precisión inherente al tema de la vigencia o aplicación de la reforma y en modo alguno extraña a éste. Del mismo modo lo es la ampliación del plazo para que la reforma entrara en plena vigencia, respecto

de lo cual no le corresponde a esta Corporación evaluar si las consideraciones sobre la conveniencia y los cálculos temporales que se hicieron respaldan o no dicha decisión.

En consecuencia, la Corte habrá de declarar la exequibilidad del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que toca con la acusación del actor.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “al solo efecto de determinar su validez” contenida en el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política - artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002-.

Segundo. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-966 de 2003 mediante la cual se declaró la exequibilidad del párrafo del artículo 250 de la Constitución Política - artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002-.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución Política por la carga analizado en la parte motiva de esta providencia - artículo 3 del Acto Legislativo 03 de 2002-.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, por el cargo analizado en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Salvamento y aclaración parcial de voto a la Sentencia C-1092/03

ACTO LEGISLATIVO-Vulnera un postulado fundamental de todo orden jurídico por cuanto no puede ser contradictorio o antinómico (Salvamento y aclaración parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-No escogió un sistema definido de Fiscalía ni tampoco escogió un sistema de Fiscalía judicial (Salvamento y aclaración parcial de voto)

INDEPENDENCIA DEL JUEZ-Principio fundamental del Estado social de Derecho (Salvamento y aclaración parcial de voto)

FUNCION LEGISLATIVA-Desarrollo inmediato de la Constitución/ESTADO DE DERECHO-Juez es independiente en doble sentido (Salvamento y aclaración parcial de voto)

FUNCION EJECUTIVA Y JURISDICCIONAL-Desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la ley/FUNCION EJECUTIVA Y JURISDICCIONAL-Diferencias en la forma de ejecución de la ley (Salvamento y aclaración parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Restablece los jurados de las causas criminales y reitera que la Fiscalía pertenece a la Rama Judicial (Salvamento y aclaración parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Vulnera los límites impuestos al poder de reforma de la Constitución en un Estado social de Derecho (Salvamento y aclaración parcial de voto)

ACTO LEGISLATIVO-En un Estado social de Derecho el tema de la libertad es competencia del legislador y no del Gobierno (Salvamento y aclaración parcial de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Regla de interpretación en materia de conflictos normativos (Salvamento y aclaración parcial de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Parte orgánica y parte dogmática

ACTO LEGISLATIVO-Normas que dan al Fiscal competencia para asignar procesos o actuar

con fundamento a la jerarquía deben ceder ante las normas que garantizan el derecho fundamental de libertad de los ciudadanos (Salvamento y aclaración parcial de voto)

Referencia: expediente D-4489

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2, el numeral tercero del artículo 3 y el inciso primero del artículo 5 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, "por el cual se reforma la Constitución Nacional" .

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito explicar las razones de mi salvamento de voto al numeral 3; mi salvamento parcial de voto al numeral 4 y mi aclaración de voto al numeral 10, todos de la parte resolutive de la sentencia.

I. Como lo manifesté en la Sala plena, el Acto Legislativo número 03 de 2002 viola un postulado fundamental de todo orden jurídico, consistente en que el orden jurídico, precisamente para que sea orden, no puede ser contradictorio o antinómico. El Acto Legislativo número 03 de 2002 contiene la peor forma de contradicción; esto es una contradicción interna, consigo mismo, lo que los lógicos denominan *contradictio in se*; como paso a explicarlo.

a) Es incoherente porque no escogió un sistema definido de Fiscalía, con todas sus virtudes y defectos, sino que mezcló lo peor de todos los sistemas de Fiscalía existentes en el mundo y creó un *frankestein* jurídico y un demonio que pone en peligro la libertad de los ciudadanos. Por ejemplo, quiso imitar el sistema norteamericano de fiscalía administrativa pero se le olvidó que en ese sistema la fiscalía no puede privar de la libertad, ni realizar registros, allanar o interceptar sin autorización del juez, de manera que si un fiscal quiere registrar, capturar o allanar, debe previamente presentar pruebas ante el juez para que éste las evalúe y determine si en realidad se puede capturar, registrar, allanar o interceptar.

Tampoco escogió un sistema de fiscalía judicial, como por ejemplo, el italiano donde por pertenecer a la rama judicial se aplican todas las características y garantías del sistema Judicial, como es la independencia de los jueces, y donde los fiscales no pueden recibir órdenes ni instrucciones de otros fiscales, ni siquiera del Fiscal General y donde no existe jerarquía sino competencias diversas. En un sistema de fiscalía judicial cada fiscal es autónomo para decidir que pruebas práctica - y cuales no, si priva de la libertad o no priva de ella y no puede recibir órdenes o instrucciones de como debe fallar o someter a un superior sus proyectos de fallo de detención y lo que es más importante, no pueden existir fiscales a dedo porque esto viola la garantía constitucional del juez natural.

La independencia del juez es uno de los principios fundamentales del Estado social de derecho. Esta independencia es producto histórico de la lucha entre la nobleza y el monarca. La nobleza quería que el Rey registrase las leyes que expedía ante los jueces y de esa manera tener seguridad en sus derechos. Poco a poco los jueces se van independizando del monarca, llegando incluso a proferir fallos contra las decisiones de este.

La función legislativa es el desarrollo inmediato de la Constitución. La función ejecutiva y jurisdiccional son desarrollo mediato de la Constitución e inmediato de la Ley, ejecución de la Ley. Lo que diferencia estas dos formas de ejecución de la ley, es que en la rama ejecutiva, el órgano de superior jerarquía puede darle órdenes al de inferior jerarquía (la administración pública es jerarquizada), en cambio, en la rama jurisdiccional lo típico es precisamente lo contrario: que el órgano de superior jerarquía (el juez superior), no puede dar órdenes al inferior, no puede decidir que aplique la ley de tal o cual manera. El juez sólo está atado a la ley: en el Estado de derecho el juez es independiente en un doble sentido: en el sentido de que la rama jurisdiccional no está bajo las órdenes de otra rama del poder público y de que el juez al fallar sólo está atado a la ley.

b) No hay duda que el sistema de fiscalía judicial (ejemplo Italia) es mucho más garantista de la libertad de los ciudadanos, que un sistema de fiscalía administrativo.

2. El Acto Legislativo número 03 de 2002 reestablece los jurados de las causas criminales y reitera que la Fiscalía General pertenece a la rama judicial.

Si la Fiscalía pertenece a la rama judicial, la consecuencia lógica es que los Fiscales que la integran sean independientes aún frente al Fiscal General de la Nación y esto es igualmente válido respecto de los jurados en las causas criminales.

3. Con esta reforma constitucional se está violando los límites impuestos al poder de reforma de la Constitución en un Estado social de derecho. En la sentencia C-551 de 2003 la Corte dejó claramente establecido que la reforma de la Constitución no puede sobrepasar ciertos límites del modelo de Estado social y democrático de derecho. En el Estado social de derecho el tema de la libertad es competencia del legislador no del Gobierno y los únicos que pueden privar de la libertad son los jueces, pero no cualquier clase de juez, pues se necesita que los llamados jueces sean verdaderamente independientes, esto es, que no reciban órdenes o instrucciones de ninguna otra persona o funcionario.

Cuando un ciudadano se enfrenta a un juez designado a dedo y el juez, además puede recibir la orden de que lo detenga, lo allane o lo intercepte de un superior jerárquico, su libertad está en peligro y la de toda la sociedad en su conjunto.

4. En materia de conflictos normativos existe una regla de interpretación consistente en que cuando entra en conflicto una norma sobre derechos fundamentales con otra norma de organización o estructura del Estado, debe dársele primacía y aplicación preferente a la norma de derechos sobre la norma de organización. En toda Constitución existe una parte orgánica y una parte dogmática (de derechos fundamentales) de modo que si choca una norma protectora de derechos fundamentales, de la parte dogmática, con una norma de la parte orgánica, se debe dar aplicación preferente y superior a la norma de la parte dogmática y eso es lo que sucede en este caso. Las normas del Acto Legislativo que dan al Fiscal la competencia para asignar procesos o actuar con fundamento en la jerarquía, deben ceder ante las normas que garantizan el derecho fundamental de libertad de los ciudadanos; y la libertad de los ciudadanos no está garantizada, sino se les respeta su juez natural; y si ese juez natural no es independiente y no lo es, si debe someterse a órdenes o instrucciones sobre como guiar el proceso, o sobre la detención, o las pruebas a la voluntad de otra persona así esa otra persona se llame Fiscal General de la Nación.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-1092/03

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO-Modificaciones introducidas en la segunda vuelta respecto a la autonomía de los fiscales delegados no desconocía el principio de identidad (Aclaración de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Sentencia debió avanzar con más precisión respecto a la armonización básica que el numeral acusado establece entre el principio de jerarquía y el grado de autonomía de los fiscales delegados (Aclaración de voto)

ACTO LEGISLATIVO-Referencia expresa a la autonomía de los fiscales delegados no vulnera los principios de jerarquía y unidad de gestión en la Fiscalía (Aclaración de voto)

FISCAL-Autonomía es plena cuando desarrollan funciones judiciales (Aclaración de voto)

PRINCIPIOS DE JERARQUIA Y UNIDAD DE GESTION-Desbordan el campo de la gestión puramente administrativa y se proyectan al ámbito del proceso penal (Aclaración de voto)

FISCAL GENERAL DE NACION-Facultad de dictar dentro de cierto límite instrucciones a sus fiscales delegados sobre la manera de adelantar el proceso penal (Aclaración de voto)

1- Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, los suscritos magistrados RODRIGO ESCOBAR GIL y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT nos vemos obligados a aclarar el voto en la sentencia de la referencia. Compartimos las decisiones tomadas en la parte resolutive, así como la casi totalidad de la parte motiva de la sentencia. Sin embargo, consideramos que la argumentación destinada a sustentar la declaratoria de exequibilidad del numeral 3° del artículo 251 (fundamento 5.2. de la sentencia) es insuficiente y genera dudas sobre el alcance de esa disposición. La finalidad de esta aclaración es entonces precisar y desarrollar brevemente los argumentos que creemos que faltaron a la motivación de la sentencia. Esa precisión es importante no sólo porque permite una mejor fundamentación de la decisión tomada por la Corte, sino además porque ayuda a comprender mejor el sentido del numeral 3° del artículo 251 de la Carta, que es una disposición que dista de tener una interpretación evidente, por lo cual era deseable que desde esta misma sentencia la Corte hubiera contribuido a precisar su significado, sobre todo si se tiene en cuenta que en este momento el Congreso está discutiendo las leyes que pretenden desarrollar esa cláusula constitucional.

2- El problema esencial que la Corte debía resolver en el presente caso era el siguiente: las modificaciones introducidas en la segunda vuelta al texto del numeral 3° del artículo 151 de la Carta, y en especial la introducción de la referencia a la autonomía de los fiscales delegados ¿desconocían o no el principio de identidad en el proceso de aprobación de esa reforma constitucional? La sentencia argumenta acertadamente que no existe violación a ese principio pues desde el inicio del trámite del Acto Legislativo No 03 de 2002 el Congreso

discutió sobre el alcance que debía tener el principio de jerarquía y de unidad de gestión en la Fiscalía General, 10 cual suponía discutir también acerca del alcance de la autonomía de los fiscales delegados. La sentencia tiene perfecta razón en este punto, pues en toda organización institucional¹, cuando uno debate acerca del poder jerárquico de quien preside la institución, uno también está debatiendo acerca del grado de autonomía de los otros integrantes de la entidad. Por consiguiente, la discusión sobre el poder jerárquico del Fiscal General, es entonces también un debate sobre el grado de autonomía de los fiscales delegados, por lo que la incorporación, durante la segunda vuelta, de una referencia expresa a la autonomía de los fiscales delegados, no representa la inclusión de un nuevo tema sino la simple explicitación de un aspecto que estuvo implícito en todo el debate del acto legislativo en las cámaras.

3- También consideramos que la sentencia acierta en señalar cuál es la 'armonización básica que el numeral acusado establece entre el principio de jerarquía y el grado de autonomía de los fiscales, a saber, que existe un principio de jerarquía pero que se conserva la autonomía de los fiscales delegados "en su condición de funcionarios judiciales y en atención a la función judicial que desempeñan, en los términos y condiciones que fijan la ley "

4- Sin embargo, la sentencia debió haber avanzado más en la precisión de cómo opera esa armonización, con el fin de mostrar claramente que las modificaciones introducidas en el séptimo debate a ese numeral no eran esenciales, y por ello no había sido afectado el principio de identidad. Esta precisión hubiera sido útil además para fijar el alcance de ese numeral y orientar así la labor legislativa que actualmente el Congreso efectúa para desarrollar esta reforma constitucional. Pero desafortunadamente la argumentación de la sentencia en este punto es precaria, pues simplemente afirma, pero sin una sustentación suficiente, que no hubo una modificación sustancial del principio jerárquico aprobado en la primera vuelta sino una simple precisión sobre su proyección y alcance. Sin embargo, lo cierto es que el punto no es evidente pues una primera lectura del texto aprobado en primera vuelta y del texto definitivo del Acto Legislativo parecería mostrar diferencias significativas entre ambas regulaciones, como se verá a continuación.

5- El texto aprobado en la primera vuelta decía:

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

(. ..)

3 °. Asignar y desplazar libremente a sus funcionarios en las investigaciones y procesos. Asimismo, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en cada caso, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y de jerarquía. 1 "

Por su parte, el texto aprobado finalmente por la reforma constitucional establece:

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

(...)

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las

investigaciones y procesos.

Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”.

Por lo pronto, puede uno constatar varias diferencias textuales que ameritaban una mayor discusión por la Corte. El texto aprobado en la primera vuelta no menciona la autonomía de los fiscales, no autoriza expresamente al Fiscal General a que asuma directamente las investigaciones, pero lo faculta para fijar el criterio de la Fiscalía en “cada caso”. La norma finalmente aprobada faculta expresamente al Fiscal a asumir directamente investigaciones, pero menciona la autonomía de los fiscales delegados como límites a la atribución del Fiscal General de fijar la posición de la Fiscalía, y excluye la expresión “en cada caso”. Era entonces necesario mostrar que esos cambios textuales no implicaban una reforma sustancial de la norma aprobada en primera vuelta, pues si las modificaciones eran esenciales, entonces el numeral debió ser declarado inexecutable por violar el principio de identidad, o al menos debieron ser retirados del ordenamiento los apartes que implicaran alteraciones fundamentales del sentido de la regulación, obviamente siempre y cuando dichos apartes fueran separables.

6. Según nuestro parecer, era posible mostrar que las alteraciones textuales no implicaban un cambio sustancial del literal, pero dicha demostración requería un esfuerzo argumentativo y hermenéutico mayor que el realizado en la sentencia. En los párrafos que siguen, proponemos esos elementos que faltaron en la sentencia.

7 - En primer término, la introducción de la referencia a la autonomía de los fiscales delegados no supone un cambio sustancial ni desvertebra el principio de jerarquía, contrariamente a lo sostenido en este proceso por el señor Fiscal General. Y la razón es muy simple y fue adecuadamente planteada, aunque no suficientemente desarrollada por la sentencia: en la medida en que la reforma conservó ciertas atribuciones judiciales a los fiscales, como ordenar allanamientos o interceptaciones de comunicaciones, es obvio que al tomar esas decisiones, la autonomía de los fiscales es plena, incluso así no lo hubiera dicho la reforma. Y eso es así, porque se trata del ejercicio de una potestad judicial y es propio de los funcionarios judiciales ser independientes y autónomos (CP arts 228 y ss), tal y como esta Corte lo ha destacado en numerosas ocasiones. Esto significa que, en ningún caso, puede el Fiscal General ordenar a un fiscal delegado cuándo y cómo debe realizar un allanamiento o una interceptación. Una interpretación o regulación legal contraria a la autonomía plena de los fiscales en el ejercicio de sus funciones es no sólo jurídicamente inadmisibles, pues desconoce la independencia y autonomía del ejercicio de funciones judiciales (CP arts 228 y 230), sino que además sería muy riesgosa para los derechos ciudadanos. Por ello la tesis de la Fiscalía General, al intervenir en este proceso, según la cual debió ser declarado inexecutable el aparte “sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados, en los términos y condiciones fijados por la ley”, por violar la unidad de materia, carece de sustento, pues es obvio que si la Constitución mantuvo algunas atribuciones judiciales a los fiscales, entonces los fiscales delegados gozan de autonomía en el ejercicio de dichas atribuciones.

8- En segundo lugar, la referencia expresa a la autonomía de los fiscales delegados tampoco

vulnera los principios de jerarquía y unidad de gestión en la Fiscalía, pues se entiende que la Fiscalía conserva ese carácter jerárquico y con unidad en la gestión, pero que el desarrollo legal y jurisprudencial de esos principios debe respetar un contenido básico de la autonomía de los fiscales. Esto significa que frente a los temores planteados por algunos congresistas de que el texto aprobado en primera vuelta podría haber generado una organización excesivamente jerárquica, el Congreso, en ejercicio de sus potestades como constituyente derivado, decidió aclarar que eso no era así, por cuanto esa jerarquía no era rígida y no excluía el reconocimiento de una cierta autonomía de los fiscales delegados. Y por ello no hubo vulneración del principio de identidad, pues en la segunda vuelta se quiso aclarar y precisar el alcance de la norma aprobada en la primera vuelta, pero sin alterar fundamentalmente su sentido, por cuanto los principios jerárquicos y de unidad de gestión siguen operando en la Fiscalía.

9- En tercer término, la referencia que el texto final establece a que esa autonomía de los fiscales delegados es “en los términos y condiciones fijados por la ley” tampoco implica una alteración esencial de la regulación aprobada en la primera vuelta, pues se mantienen los principios jerárquico y de unidad de gestión. Simplemente el Constituyente quiso conferir expresamente una cierta libertad de configuración al Legislador en la materia, así como establecer una reserva legal en este punto. Y esto es razonable, pues la forma de regular el alcance de la jerarquía y la unidad de gestión en una organización como la Fiscalía General no es única, como lo muestra cualquier examen elemental en derecho comparado. Así, en ciertos países, el director de la entidad puede determinar la posición concreta de los fiscales en cada caso específico, como sucede en Estados Unidos o en Francia; pero en otros ordenamientos, como en Italia, la ley atribuye una función general de orientación al director de la entidad, pero cada fiscal delegado goza de una importante autonomía para tomar sus determinaciones en el caso específico. Por ello, teniendo en cuenta que existen formas distintas de armonizar el principio de jerarquía y la autonomía de los fiscales, era razonable que la Carta reconociera una cierta libertad de configuración al Legislador en la materia; y, debido a la importancia del tema, era también razonable que la reforma constitucional estableciera una reserva legal sobre el tema, de suerte que corresponde a la ley, y no a normas de inferior jerarquía, desarrollar el tema.

10- Por último, el hecho de que en todo caso la Carta constitucionalice los principios de unidad y gestión en la Fiscalía General, así como el reconozca expresamente una cierta autonomía de los fiscales, muestra que la libertad del Legislador en este campo se encuentra limitada, por la necesidad de armonizar ambos principios: poder jerárquico del Fiscal General y autonomía de los fiscales delegados. Sería entonces inconstitucional una regulación que desconociera los principios de jerarquía y unidad de gestión, como también otra que anulara la autonomía de los fiscales delegados. Y la propia reforma constitucional establece unos contenidos mínimos tanto del alcance del principio de jerarquía como del grado de autonomía de los fiscales delegados. Así, es obvio que, por las razones ampliamente desarrolladas en esta aclaración, la autonomía de los fiscales es plena cuando ejercen atribuciones judiciales; igualmente es claro que los principios de jerarquía y unidad de gestión desbordan el campo de la gestión puramente administrativa y se proyectan al ámbito del proceso penal. En virtud de esos principios, el Fiscal general puede, dentro de ciertos límites, dictar instrucciones a sus fiscales delegados sobre la manera de adelantar el proceso penal. Ahora bien, ya el alcance de ese poder de instrucción del fiscal general dentro del

proceso penal y su armonización concreta con la autonomía de los fiscales es un asunto en donde son posibles distintos desarrollos normativos, por lo que corresponde primariamente al Legislador.

11- En síntesis, consideramos que al aprobarse el numeral 30 del artículo 251 no hubo vulneración del principio de identidad, por cuanto en la segunda vuelta el Congreso simplemente delimitó con más precisión el alcance de los principios de jerarquía y unidad de gestión en la fiscalía, precisando que esos principios tenían que ser armonizados con el reconocimiento de una cierta autonomía de los fiscales delegados. Esta autonomía, en virtud de los principios de autonomía e independencia de la administración de justicia, es plena, cuando los fiscales ejercen funciones judiciales. Por el contrario, dicha autonomía es menor cuando dichos funcionarios desarrollan atribuciones no judiciales. Corresponderá entonces primariamente a la ley desarrollar el alcance de esa autonomía, con una regulación razonable y proporcionada, que respete la existencia de los principios de jerarquía y unidad de gestión en la Fiscalía General establecida por la reforma constitucional, pero también el contenido esencial de la autonomía de los fiscales, también reconocida por esa misma reforma.

Fecha ut supra,

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 En relación con esta decisión el Magistrado Jaime Araujo Renteria, salvó su voto.

2 Sentencia C-543 de 1998

3 Sentencia C-614 de 2002

4 Como se explicó en la sentencia C-702 de 1999, a pesar de la relativización del principio de identidad el principio de consecutividad se conservó. Sobre el alcance de este último en el orden jurídico y su relación estrecha con el principio de identidad la jurisprudencia ha señalado. "La Corte ha dicho que con el fin de superar el esquema consagrado en la anterior Carta Política, que exigía que durante los cuatro debates parlamentarios los proyectos de ley guardaran estricta identidad, en la Constitución de 1991 se decidió relativizar dicho principio entregando a los congresistas la facultad de introducir a los proyectos de ley las modificaciones, adiciones o supresiones que juzguen necesarias, siempre y cuando guarden coherencia y se refieran a la materia o contenido mismo del proyecto que se está discutiendo. Esto es lo que se conoce como el principio de identidad. La relativización de dicho principio también implica darle preponderancia al principio de consecutividad, en virtud del cual es factible conciliar las diferencias surgidas en el debate parlamentario, sin afectar la esencia misma del proceso legislativo establecido en el artículo 157 de la Constitución." (Subraya fuera de texto) Sentencia C-198 de 2002

5 Sentencia C-922 de 2000. Cfr también la Sentencia C-737 de 2001

6 Cfr. Sentencia C-966 de 2003

7 A pesar de las tareas particulares asignadas a cada uno de los funcionarios que intervienen en el proceso penal, cabe recordar las precisiones que la Corte tuvo la oportunidad de hacer en vigencia del sistema procesal penal anterior, según las cuales "... aunque se hable de etapas en el sistema mixto acusatorio, no se puede interpretar que exista una división infranqueable donde una y otra actúen independientemente, sin observarse por parte del juez las decisiones del fiscal, pues, de ser así, se tornaría nugatoria la fase de juzgamiento". Sentencia T-439 de 1997

8 Gaceta del Congreso No. 110 de 2002, Acta 17 de la en sesión del 25 de noviembre de 2002

9 Sentencia C-805 de 2002

10 Cfr. Sentencia C-1643 de 2000