



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - Nº 800

Bogotá, D. C., jueves, 8 de octubre de 2015

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 139 DE 2015 CÁMARA

por medio de la cual se crea el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

TÍTULO I

DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Artículo 1°. *Creación y competencia.* Créase el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales, el cual tendrá competencia en todo el territorio nacional.

Artículo 2°. *Concepto.* El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales es un órgano perteneciente a la jurisdicción penal. Su principal función es la de servir como máxima autoridad en control de garantías y legalidad. Adicionalmente, será juez de garantías en los procesos de los aforados constitucionales de conformidad con los artículos 186 numeral 1 y 251 Superiores, con las excepciones previstas en la Constitución.

El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales tendrá la estructura, organización y competencia que la presente ley le asigne.

Artículo 3°. *Funciones.* Sin perjuicio de las competencias de la Corte Constitucional, a quien corresponde asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, y de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales tendrá las siguientes funciones:

1. Servir como juez de control de garantías en los procesos penales que se sigan contra los aforados constitucionales de conformidad con lo establecido en los artículos 186 numeral 1 y 251 Superiores o contra los aforados legales.

2. Ejercer, de manera preferente, funciones de control de garantías en cualquier proceso penal de la jurisdicción ordinaria, con el objeto de proteger los derechos fundamentales del investigado o asegurar la realización de la justicia material. Para ello podrá seleccionar cualquier decisión de proferida por un juez de control de garantías o ejercer directamente el control de garantías cuando lo considere necesario o las circunstancias del caso así lo ameriten.

3. Realizar eventualmente el control material de cualquier acusación que efectúe la Fiscalía General de la Nación.

4. Darse su propio reglamento.

5. Las demás funciones que la ley le asigne.

TÍTULO II

LA FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS Y LA REVISIÓN DE LAS PROVIDENCIAS

Artículo 4°. *Revisión.* Es facultad del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales escoger de forma discrecional aquellos casos en los cuales ejercerá la función de juez de control de garantías, así como las providencias objeto de revisión. Esto con el fin de irradiar el efecto de los derechos fundamentales en el proceso penal.

Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, cualquier Magistrado del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales y las partes o interesados en el proceso penal, podrán solicitar la selección de los casos siempre que justifiquen la necesidad de lograr justicia material en el caso objeto de la petición.

Artículo 5°. *Procedimiento de selección.* El procedimiento para la selección de los asuntos objeto de revisión será fijado en el Reglamento Interno del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales.

Artículo 6°. *Medidas provisionales.* Cuando se decida seleccionar una providencia para revisión, el magistrado ponente podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, medidas provisionales de suspensión de las decisiones adoptadas en el proceso, mientras se decide el tema objeto de debate.

TÍTULO III

CONFORMACIÓN, POSTULACIÓN Y SISTEMA DE ELECCIÓN

Artículo 7°. *Conformación.* El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales estará integrado por tres (3) magistrados así: un (1) magistrado experto en derecho penal; un (1) magistrado experto en derecho constitucional; y un (1) magistrado experto en derecho internacional.

Artículo 8°. *Periodo.* Los magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales serán elegidos para un periodo de ocho (8) años sin que sea posible su reelección. También tendrán las inhabilidades establecidas en el artículo 126 de la Constitución.

Artículo 9°. *Sistema de elección.* Corresponderá a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado elegir, respectivamente, a los magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales de listas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial o quien haga sus veces. Para ello, se seguirán las siguientes reglas:

1. En atención a las funciones de protección de los derechos fundamentales y la garantía de la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia elegirá, de una lista enviada por el Consejo de Gobierno Judicial, o quien haga sus veces, al magistrado experto en derecho penal. Por su parte, la Corte Constitucional designará al magistrado experto en derecho constitucional y el Consejo de Estado escogerá al magistrado experto en derecho internacional.

Así mismo, el Consejo de Gobierno Judicial o quien haga sus veces velará porque la lista tenga una representación de profesionales con maestría o doctorado y que provengan de la academia, la judicatura o del ejercicio profesional.

2. Los Magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales deberán cumplir los mismos requisitos exigidos para ser elegido magistrado de una Alta Corte de acuerdo a lo establecido en el artículo 232 de la Constitución.

3. Los años de experiencia exigidos en el Artículo 232 de la Constitución podrán ser homologados así:

Un (1) título de posgrado en la modalidad de doctorado o posdoctorado equivale a quince (15) años de experiencia profesional, siempre y cuando, dicha formación superior corresponda a las funciones propias del cargo a desempeñar y se acredite el respectivo título profesional.

En ningún caso se admitirá la acumulación de más de dos (2) títulos de posgrado para aplicar las equivalencias señaladas en el presente numeral.

4. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado deberán realizar la elección del magistrado correspondiente

dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la lista enviada por el Consejo de Gobierno Judicial o quien haga sus veces.

Parágrafo 1°. La Gerencia de la Rama Judicial, o quien haga sus veces, proveerá los recursos físicos, financieros, humanos y técnicos necesarios para llevar a cabo el proceso de selección de los candidatos.

Parágrafo 2°. En caso de falta definitiva de alguno de los magistrados del Tribunal, se seguirá el mismo procedimiento señalado en el presente artículo para la selección y designación de quien lo reemplace.

Artículo 10. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.

Presentado por:



H.R. MIGUEL ANGEL PINTO HERNANDEZ

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales

Contenido del documento

I. Introducción y explicación general del proyecto

A. Introducción

B. Explicación general del proyecto

1. Propuestas relacionadas con la creación y el funcionamiento

2. Propuestas relacionadas con el sistema de elección

II. Normatividad vigente

A. Marco constitucional y legal de los jueces de garantías

B. Regulación y procedimiento actual de la acusación en el sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004)

III. Justificación de las reformas propuestas

A. La posibilidad de crear un Tribunal Nacional de Garantías al interior de la jurisdicción penal por medio de una ley estatutaria

1. El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales pertenece a la jurisdicción ordinaria y no reemplaza a la Corte Suprema de Justicia, ni crea una jurisdicción paralela.

B. La necesidad de crear un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales que sirva como juez de garantías de los aforados constitucionales y unifique la jurisprudencia en estos asuntos

1. La Función de juez de garantías asignada al Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales en los procesos de aforados constitucionales

C. La creación del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales como

órgano judicial encargado de unificar la jurisprudencia de los Jueces de Control de Garantías

1. La propuesta de una revisión discrecional de las sentencias proferidas por los Jueces de Control de Garantías y la competencia preferente para ejercer las funciones de juez de garantías.

D. Facultad del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en Asuntos Penales de realizar un control judicial material sobre la acusación formulada por el ente acusador

1. La posible modificación al escrito de acusación garantizaría el efecto irradiador de los derechos fundamentales en el proceso penal.

E. La propuesta para el sistema de elección y conformación de los magistrados garantiza la prevalencia del mérito

1. La justificación de una Comisión de Selección para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales.

2. El mérito como criterio que ha de guiar tanto a la Comisión de Selección como a las Altas Cortes en selección y elección de magistrados.

I. Introducción y explicación general del proyecto

A. Introducción

B. Introducción

Este proyecto de ley estatutaria propone crear al interior de la jurisdicción ordinaria un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales, el cual servirá como juez de garantías en los procesos penales que se sigan contra los congresistas y otros servidores que gozan de fuero constitucional.

La finalidad de esta iniciativa es incorporar en el sistema judicial un cuerpo jurisdiccional que fortalezca, dentro de la jurisdicción penal, la aplicación de los criterios constitucionales que propenden por un proceso penal más respetuoso de los derechos de los ciudadanos. De igual manera, este proyecto de ley pretende poner a tono con las corrientes acusatorias los procesos penales que se siguen contra los aforados constitucionales, los cuales carecen de una autoridad judicial imparcial que verifique el cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en la etapa investigativa del proceso penal. Así, la asignación de un juez en materia de control de garantías y de legalidad también para los procesos contra los aforados constitucionales debe ser un imperativo de nuestro Estado de Derecho.

El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales llenaría ese vacío. Además, podría sentar precedentes importantes sobre las garantías constitucionales y legales en los procesos penales en contra de los aforados y, sin perjuicio de las competencias propias de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, podría servir como una autoridad que indique a los jueces que cumplen funciones de garantías los criterios a seguir en los casos en los que no hay un criterio claro de interpretación. Esta labor es fundamental en un Estado de Derecho porque estabiliza el sistema de justicia y permite alcanzar mayor seguridad jurídica. A su vez, posibilita actuaciones judiciales más predecibles para los asociados.

La creación del Tribunal de Garantías permite que se logre una auténtica constitucionalización del derecho penal¹, pues clarifica y desarrolla el contenido de los derechos fundamentales en todas las etapas de los procesos penales no solo en los casos de los aforados, sino también en aquellos procesos que, de acuerdo con sus facultades, seleccione para ejercer directamente la función de garantías. Mediante la univocidad en la interpretación de los postulados superiores en casos concretos, se genera una verdadera irradiación de los valores constitucionales en el proceso penal, en tanto se expone un marco para la aplicabilidad directa de los mismos.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la constitucionalización del ordenamiento penal. En palabras del Alto Tribunal:

“ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”².

En el mismo sentido, la doctrina también señala:

“un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”³.

¹ En el mismo sentido, El profesor Miguel Ángel Presno Linera se refiere al efecto irradiante de los derechos fundamentales así: “*hablamos el efecto irradiante para expresar de manera gráfica la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas*”. Cfr. Miguel Ángel Presno Linera, en “La estructura de las normas de derechos fundamentales”, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Madrid: Tecnos, 2004.

² Cf. Sentencias C-038 de 1995 y C-645 de 2012.

³ Riccardo Guastini, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell Miguel, (Ed) Neoconstitucionalismo, 2 ed. Trotta, Madrid, 2005. pg. 48 y ss. Igualmente Paolo Comanducci entiende la constitucionalización como un fenómeno progresivo en el terreno jurídico que ocurre principalmente desde la segunda mitad del siglo XX a propósito de las deliberaciones de los Tribunales constitucionales. Este fenómeno, implica cambios de carácter estructural en los sistemas jurídicos contemporáneos, que dan lugar a un sistema caracterizado por (i) una “*Constitución invasora*”, (ii) la inclusión positivista de un catálogo de derechos fundamentales; y (iii) por las particularidades de la interpretación y aplicación de las normas constitucio-

Ahora bien, el fin de constitucionalización del derecho penal que justifica esta iniciativa no se completaría si no se aplica a todos los procesos penales que se siguen contra los ciudadanos. Por este motivo, se propone que el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales pueda ejercer funciones de garantías en aquellos casos en que así lo considere pertinente. Más adelante en el apartado A de esta exposición de motivos se profundizará en la justificación de esta medida, por el momento, basta indicar que es esencial para la constitucionalización del derecho penal y extender el sistema acusatorio a todos los procedimientos.

Para alcanzar los propósitos de la iniciativa, el Tribunal estaría integrado por tres (3) magistrados, elegidos para un período de ocho (8) años, sin posibilidad de reelección, quienes deben ser expertos en derecho penal, constitucional y/o internacional, y deben cumplir los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de una Alta Corte. La elección de los magistrados sería mediante un sistema que promueva la pluralidad y el mérito, para lo cual se propone que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia elija de una lista enviada por el Consejo de Gobierno Judicial, o quien haga sus veces, a un magistrado experto en derecho penal. La Corte Constitucional designe un magistrado experto en derecho constitucional y el Consejo de Estado escoja a un magistrado experto en derecho internacional.

A continuación se expone el marco normativo vigente que es relevante para comprender el sistema penal acusatorio y la necesidad de crear el Tribunal propuesto. Luego, se pondrán de manifiesto las principales razones que justifican esta iniciativa legislativa. Finalmente, con el fin de presentar la justificación del proyecto, se abordarán los temas más relevantes que el mismo contiene, de la siguiente manera: i) la creación del Tribunal como propuesta normativa; ii) sus funciones y, finalmente, iii) el sistema de elección de los magistrados que lo compondrían.

C. Explicación general del proyecto

El proyecto de ley contiene tres (3) títulos, relativos a: (i) la organización y funcionamiento del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales; (ii) las reglas específicas para la revisión de las providencias y el ejercicio de la función de garantías; y (iii) la conformación, postulación y sistema de elección de los miembros de este cuerpo judicial.

En cuanto a la *organización y funcionamiento* del Tribunal la iniciativa establece la creación de la autoridad y su competencia, así como el concepto y sus funciones. Allí se ponen de presente las funciones que van a extender las garantías penales a todo tipo de procesados, y las demás facultades que le van a permitir una cierta constitucionalización del derecho penal.

Luego se disponen reglas específicas para la revisión de las providencias, así como para el ejercicio directo de la función de garantías. En síntesis, se incorporan en el proyecto de ley disposiciones que faci-

liten el cumplimiento de las funciones encomendadas al Tribunal. Sobre la revisión, se dice que el Tribunal podrá seleccionar discrecionalmente los casos en los que ejercerá como juez de garantías, sin perjuicio de las solicitudes que podrán elevar el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la República, el Defensor del Pueblo y los mismos magistrados del Tribunal. Igualmente, se propone la posibilidad de dictar medidas provisionales de suspensión de decisiones en aquellos asuntos sometidos a revisión.

Finalmente, respecto de la conformación, postulación y sistema de elección de los miembros del Tribunal, la iniciativa contempla normas que regulan la forma de integración de este cuerpo judicial. Establece que el órgano estará integrado por profesionales especialistas en diferentes áreas del derecho (penal, constitucional e internacional), los cuales serán elegidos para un periodo de ocho (8) años sin posibilidad de reelección. Así mismo, propone un sistema de elección de sus miembros fundado en la pluralidad de sus miembros.

A continuación se explicará un poco mejor cada una de las propuestas:

1. Propuestas relacionadas con la creación y el funcionamiento

La propuesta normativa que se presenta tiene como eje central la creación de un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en Asuntos Penales, cuya naturaleza es la de un órgano jurisdiccional perteneciente a la jurisdicción penal. Además, fungirá como juez de control de garantías en las investigaciones o procesos penales que se adelanten contra los aforados constitucionales, y en los demás asuntos que le asigne la ley (artículo 2°).

Para el desempeño de las funciones mencionadas, el Tribunal realizará la selección discrecional de las decisiones que serán objeto de revisión, adoptadas por cualquier juez o tribunal que ejerza funciones de control de garantías, con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los investigados. (Artículo 3°).

2. Propuestas relacionadas con el sistema de elección

El proyecto propone que el Tribunal esté conformado por tres magistrados elegidos para un período de ocho (8) años, sin posibilidad de reelección (art. 4°). Deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos por la Constitución (artículo 132 Superior) para ser magistrado de una Alta Corte y estarán sujetos al mismo régimen de inhabilidades (artículo 126).

Su designación está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Para ello, corresponderá al Consejo de Gobierno Judicial, o quien haga sus veces, conformar una lista que enviará a las altas Cortes para que elijan siguiendo estos criterios: (i) la Corte Constitucional elegirá un magistrado experto en temas constitucionales, (ii) la Corte Suprema de Justicia un magistrado experto en derecho penal; y (iii) el Consejo de Estado un experto en derecho internacional.

II. Normatividad vigente

A. Marco constitucional y legal de los jueces de garantías

El Acto Legislativo número 03 de 2002, dispuso la creación de los Jueces de Control de Garantías, a quie-

nales frente a las formas tradicionales de interpretación legal. *Cfr.* Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en *El canon neoconstitucional*, Carbonell, Miguel. y García, I. Edición Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, también publicado en "*Constitución y teoría del derecho.*" México, Fontamara, 2007.

nes compete en el sistema penal acusatorio cumplir las siguientes funciones⁴:

a) Ejercer control:

i) Previo a la adopción de medidas restrictivas de la libertad;

ii) Posterior a las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación;

iii) Posterior a las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas;

iv) A la aplicación del principio de oportunidad;

b) Decretar medidas cautelares sobre bienes;

c) Autorizar cualquier medida que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. Es decir, “*si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales*”⁵. Para lo cual, le corresponde desarrollar un juicio de proporcionalidad y determinar:

i) Si la intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo;

ii) Si la medida es necesaria por ser la más benigna;

iii) Si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que comporta para los titulares del derecho y para la sociedad⁶.

⁴ Es de anotar que las funciones de los jueces de control de garantías están distribuidas a lo largo de la legislación penal. El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), contiene múltiples disposiciones que regulan las funciones de los jueces de control de garantías y establecen el marco de sus competencias. Así, en su artículo 10, hace referencia a las garantías procesales y establece la obligación de los jueces de control de garantías de “*corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes*”; el artículo 14, según el cual, todas aquellas actividades que impliquen una injerencia en el derecho a la intimidad o algún otro derecho fundamental, deberán ser sometidas a control posterior del juez de control de garantías, dentro de las 36 horas siguientes, con el fin de que determine la legalidad formal y material de la actuación; el artículo 31, parágrafo 1°, establece que los jueces de control de garantías también ejercen jurisdicción; el artículo 36-1, señala que los jueces penales del circuito conocen “*del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales o cuando ejerzan la función de control de garantías*”; el artículo 37-5 indica que los jueces penales municipales conocen “*de la función de control de garantías*”; el artículo 39, modificado por el artículo 48 de la Ley 1453 de 2011, se ocupa concretamente de la función de control de garantías. Las funciones de estos jueces fueron sistematizadas integralmente por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-025 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ La Corte ha señalado, en relación con el control judicial lo siguiente: “*Respecto de la oportunidad del control judicial sobre las actuaciones de la Fiscalía y de la Policía Judicial existen diferencias entre el que opera de modo previo y el que ocurre con posterioridad. En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quién o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en*

De acuerdo con lo anterior, el juez de control de garantías ejerce el control de legalidad y constitucionalidad de la investigación y de la adopción de medidas que impliquen la limitación de los derechos fundamentales. En palabras de la Corte, “*el control judicial ha de verificar la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del ente acusador, de modo que la intervención que esta suponga sobre el o los derechos fundamentales del sujeto de derechos (del indiciado o investigado, de sus familiares, también de las víctimas del delito), únicamente opere cuando sea indispensable y solo en el grado que resulte plenamente justificado*”⁷.

Además, por disposición legal, siempre debe haber un juez de control de garantías disponible. En este sentido, el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 3° de la Ley 1142 de 2007, establece⁸:

a) La regla general es la competencia como juez de control de garantías, del juez penal municipal del lugar de comisión de los hechos. En los municipios donde haya más de un Juez Penal Municipal competente para ejercer la función de control de garantías habrá turnos previamente definidos;

b) Se admite la competencia territorial del juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar donde se produce la aprehensión o del lugar donde se realice la reclusión por razones de urgencia, cuando no haya juez de control de garantías en el lugar de comisión del delito;

c) Cuando no hubiese jueces penales municipales, los jueces municipales de otras especialidades, tienen las funciones de control de garantías;

d) Cuando el juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar de comisión del delito se encuentre impedido, las funciones de control de garantías serán ejercidas por un juez municipal de cualquier especialidad ubicado en el municipio más cercano;

poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la persona implicada. Lo que hace el juez es proteger los derechos del sujeto investigado, impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter iusfundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos fundamentales sobre los que la actuación investigativa opera. En tanto que en el control judicial posterior, que es excepcional y procedente para las medidas que de modo taxativo señaló la Constitución en el numeral 2 del artículo 250, se atienden no sólo aspectos formales sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego, y se produce sobre una diligencia que ya se ha ejecutado y en la que ya se han afectado derechos fundamentales. En tal sentido, la actuación judicial no previene la injerencia ilegítima sobre estos, como sucede en el control previo, y en caso de encontrar que efectivamente la Fiscalía y/o la Policía Judicial han actuado con desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones correspondientes, la garantía judicial sirve es para reparar los derechos limitados en exceso pero en términos procesales, es decir, excluyendo del expediente la evidencia recaudada con violación de los protocolos, garantías y procedimientos”. Sentencia C-334 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷ *Ibid.*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

e) Habrá Jueces de Control de Garantías ambulantes en lugares de difícil acceso.

De conformidad con el anterior recuento, se puede apreciar que la función de control de garantías está a cargo de jueces penales del nivel municipal y de circuito, y que solo en aquellos casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, esta función es ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en los términos del artículo 39, parágrafo 1°, de la Ley 906 de 2004.

B. Regulación y procedimiento actual de la acusación en el sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004)

La presentación del escrito de acusación se encuentra regulada en los Capítulos I y II del Título I, correspondiente a la Acusación. Sin embargo, resulta importante resaltar que para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la acusación es un “acto complejo” toda vez que, incluye dos momentos procesales distintos: por un lado, el escrito de acusación y por otro lado, la audiencia de acusación que se desarrolla ante el juez de conocimiento⁹. Aunque hay que resaltar que ambos momentos penden de la calificación que realice el fiscal sobre los hechos supuestamente cometidos por la persona acusada. Por esta razón, tanto la audiencia de acusación como el juicio van a estar sujetos a lo indicado por el fiscal en el escrito de acusación.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito de acusación el juez de conocimiento deberá fijar la fecha para la audiencia de formulación de acusación¹⁰ y en ella, el fiscal formulará la correspondiente acusación penal. Dada la importancia que representa la lectura de la acusación para el proceso de responsabilidad penal y más aún, el hecho que durante esta audiencia se hará el respectivo descubrimiento del material probatorio recaudado dentro de la etapa de investigación, deben estar presentes el juez, el fiscal así como, el abogado defensor y el acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado¹¹.

En consecuencia, leída la acusación por parte del fiscal del caso, podrán las víctimas de las conductas punibles del acusado configurarse como parte dentro del proceso penal y nombrarán su representante¹².

Lo anterior explica porque surtida esta etapa el juez fijará la fecha y hora para la audiencia preparatoria a juicio¹³. Sumado a esto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado respecto a la acusación,

“la acusación recoge la imputación fáctica y jurídica que el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, formula contra un ciudadano y determina

el ámbito del debate oral y público a surtirse entre la acusación y la defensa en la etapa de juzgamiento”¹⁴.

Como se puede ver, la acusación es un acto determinante para el éxito del proceso penal, así como para la garantía de los derechos de las víctimas y del acusado. En este sentido, la acusación va exigir un alto grado de probabilidad de que los hechos investigados puedan serle atribuidos al acusado toda vez que, el debate en la siguiente etapa procesal estará determinado por la calificación de la responsabilidad del acusado, a partir de los términos formulados por la Fiscalía¹⁵.

III. Justificación de las reformas propuestas

A. La posibilidad de crear un Tribunal Nacional de Garantías al interior de la jurisdicción penal por medio de una ley estatutaria

En este acápite se hará una breve exposición de las razones por las cuales la creación de este tribunal debe efectuarse a través de una ley estatutaria. Para ello, (i) se explicarán los criterios jurisprudenciales que ha establecido la Corte Constitucional respecto de la regulación de la administración de justicia por una ley estatutaria, y (ii) posteriormente se explicarán la viabilidad constitucional de la creación específica del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales conforme a los criterios jurisprudenciales previamente expuestos.

La Corte Constitucional ha señalado que las leyes estatutarias son consideradas como decisiones legislativas de naturaleza especial¹⁶, como leyes fundamentales para la regulación de asuntos medulares¹⁷ y normas que desarrollan temas esenciales para la vida social¹⁸. En atención a ello, por voluntad expresa del constituyente suponen un debate democrático especial y calificado, así como una revisión previa de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado las leyes estatutarias así:

(i) Regulan a) los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección, **(b) la administración de justicia**, (c) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (d) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (e) los estados de excepción, y f) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.

(ii) Su interpretación es restrictiva en materias de administración de justicia, y derechos fundamentales. Debe ocuparse de la estructura general y de los principios reguladores; pero no del desarrollo integral y de-

⁹ “Dígame, entonces, que en la Ley 906 de 2004 la **acusación** es un acto complejo que incluye dos momentos procesales distintos y regulados de forma independiente, cuales son la presentación del correspondiente escrito por parte de la fiscalía y la audiencia de su formulación, dirigida por el juez de conocimiento”. Auto de 21 de noviembre de 2012, Radicación número 40283. En el mismo sentido, auto 14 de febrero de 2013, Radicación número 40686.

¹⁰ Artículo 338 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹ Artículo 339 del Código de Procedimiento Penal.

¹² Artículo 340 del Código de Procedimiento Penal.

¹³ Artículo 255 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵ “En el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes” Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Providencia del 28 de noviembre de 2007. Radicado número 27.518.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-849 de 2006.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-670 de 2001.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 2001.

tallado de cada una de ellas¹⁹. En materia de partidos políticos también goza interpretación restrictiva²⁰.

(iii) Gozan de interpretación extensiva o reserva reforzada en materia de funciones electorales, es decir, que en ese caso la regulación de la ley estatutaria debe ser mucho más exhaustiva²¹ Al igual que en materia de estados de excepción²².

Específicamente una Ley Estatutaria de Administración de Justicia puede, de acuerdo con la Corte Constitucional, afectar la estructura general de la administración de justicia y establecer aspectos sustanciales de esta Rama del Poder Público²³. Lo que no puede hacer, es crear jurisdicciones distintas a las señaladas en la Constitución y mucho menos reemplazar a los órganos de cierre creados por el constituyente primario.

A partir de estas breves consideraciones es posible hacer algunas aclaraciones respecto de la propuesta de crear un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Legales por vía de una ley estatutaria. En primer lugar, es necesario precisar que la creación de un tribunal unificador de la jurisprudencia de los Jueces de Control de Garantías, se adscribe a la estructura general de la Administración de Justicia, la cual goza de reserva de ley estatutaria.

Ahora bien, respecto a la creación de órganos no enunciados específicamente por la Constitución, la Corte ha establecido que aunque la Carta Política no señala todos los órganos y funcionarios que componen la Rama Judicial, la ley estatutaria puede establecer juzgados y tribunales encargados de cumplir la función básica de impartir justicia, mientras no se contravenga lo estatuido en forma directa por aquella. Esto, en atención a que, si bien el Título VIII de la Constitución no contempla de manera específica la posibilidad de crear los tribunales o juzgados pertenecientes a algunas de las jurisdicciones, los artículos 116, 152.b y 257-2, **sí le atribuyen dicha competencia al Legislador** dentro de la estructura de la Rama Judicial²⁴.

En consecuencia, la jurisprudencia constitucional reconoce de manera expresa la facultad de que el legislador estatutario cree nuevos tribunales bajo unos determinados parámetros. Por ello hay que indicar que ya cursa en el Congreso de la República un proyecto de acto legislativo que tiene como fin crear un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales.

1. El Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales pertenece a la jurisdicción ordinaria y no reemplaza a la Corte Suprema de Justicia, ni crea una jurisdicción paralela

Para empezar, vale la pena señalar que el Tribunal que se propone crear es un órgano perteneciente a la jurisdicción ordinaria, específicamente, a la jurisdicción penal y no un cuerpo judicial adscrito a una jurisdicción paralela a la ordinaria. **Así mismo, debe desestimarse su circunscripción a la jurisdicción constitucional.**

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 2001.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias C-145 de 1994, C-484 de 1996 y C-401-01.

²² Corte Constitucional, Sentencias C-174 de 1994, C-145 de 1994, C-484 de 1996 C-319 de 2006.

²³ Corte Constitucional, Sentencias C-670 de 2001, C-295 de 2002, C-162 de 2003, C-229 de 2003. C-319 de 2006.

²⁴ Sentencias C-037 de 1996 y C-393 de 2000.

De hecho, el articulado del proyecto así lo señala expresamente. En efecto, el proyecto reconoce y respeta el mandato constitucional de toda la rama judicial, así como la función de órgano de cierre de la Corte Suprema de Justicia.

Precisamente, la adscripción del referido Tribunal a la jurisdicción ordinario, propugna por garantizar y respetar la estructura funcional de esa jurisdicción, pues, las competencias del aludido Tribunal no invaden ni usurpan el campo de acción de la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de esta, ni tampoco el del resto de tribunales y juzgados. En consecuencia se aclara que este nuevo órgano no pretende reemplazar la jurisdicción ni las funciones de las altas y mantiene incólume la voluntad del constituyente sobre la máxima autoridad de sus jurisdicciones-ordinaria y constitucional.

Por otro lado, es fundamental aclarar que la razón de la existencia de los Jueces de Control de Garantías, es la protección de derechos respecto a medidas restrictivas de derechos fundamentales, y en efecto ejercen funciones constitucionales, no por esto se puede considerar que el tribunal de cierre los Jueces de Control de Garantías son un apéndice de la jurisdicción constitucional, puesto que la Corte Constitucional ya ha dejado claro que no por ejercer eventualmente control de constitucionalidad sobre actuaciones, se hace parte en forma automática de la jurisdicción constitucional²⁵.

Esta tesis es clara, con la creación de los Jueces de Control de Garantías, pues aunque ejercen control de garantías fundamentales, no están adscritos a dicha jurisdicción.

En suma, el referido Tribunal es un órgano adscrito a la jurisdicción ordinaria que no pretende consolidarse como órgano paralelo a ninguna jurisdicción ni alta Corte. Es tribunal unificador de la jurisprudencia de los jueces de garantías creados por el constituyente derivado. En ese sentido, es clara la posibilidad de desarrollar por vía de una ley estatutaria, bajo el respeto de la estructura ya fijada en la Carta Política, los órganos jurisdiccionales requeridos para garantizar la realización de la voluntad del constituyente en materia de protección de los derechos fundamentales al interior del proceso penal.

B. La necesidad de crear un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales que sirva como juez de garantías de los aforados constitucionales y siente jurisprudencia en estos asuntos

1. La función de juez de garantías asignada al Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales en los procesos de aforados constitucionales

En este aparte se exponen las razones por las cuales es posible afirmar que existe la necesidad de que las investigaciones adelantadas en contra de algunos aforados constitucionales cuenten con un juez de garantías independiente. Esto con el fin de determinar si las medidas adoptadas por los investigadores penales se ajustan o no a la Constitución Política.

Para empezar, es importante indicar que los juicios que se adelantan contra los aforados constitucionales

²⁵ Al respecto ver: Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

se siguen bajo el procedimiento penal anterior –Ley 600 de 2000, toda vez que el nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004 no reglamentó esta materia. Por esta razón, puede afirmarse que dentro del ordenamiento penal colombiano están vigentes dos procedimientos penales totalmente diferentes, uno de corte inquisitivo y otro de naturaleza acusatoria²⁶.

Así, mientras el proceso penal acusatorio se caracteriza porque quien ejerce como fiscal no tiene ninguna función judicial respecto a medidas que puedan vulnerar los derechos fundamentales del investigado o imputado y, el centro del proceso está en la etapa del juicio, caracterizada por la oralidad, publicidad y concentración. Dentro del sistema procedimental anterior, y que rige las investigaciones adelantadas contra las personas que gozan de fuero, los fiscales cumplían tanto funciones investigativas como de juzgamiento. Con la particularidad que el centro de gravedad de dicho procedimiento estaba en la etapa investigativa, ya que durante esta fase se practicaban y valoraban los elementos probatorios recaudados y que posteriormente serían llevados a juicio²⁷.

Lo anterior, permite advertir el cambio positivo que representó para el ordenamiento constitucional colombiano el hecho de que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado estén sujetas a control por parte de una autoridad judicial independiente y quien deberá garantizar que la investigación adelantada respete los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. No obstante, el actual diseño de investigación y juzgamiento para los aforados constitucionales no cuenta con las mismas garantías. En ese sentido, es clara la necesidad de avanzar en la creación de un sistema judicial constitucional de aforados que también garantice la efectividad de los derechos fundamentales en todas las etapas de los procesos penales que se sigan en su contra, de acuerdo con nuestra Carta Política.

En consideración a esto, es necesario, de un lado, pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y, de otro, crear un órgano nacional que no solamente cumpla las funciones de control de garantías en estos casos, sino que también cuente con las facultades necesarias para asegurar la unificación de la jurisprudencia en esta materia. A continuación se explicarán las razones que permiten llegar a esta conclusión. Para ello se expondrán los siguientes puntos. Primero, se hará una breve referencia a (a) las particularidades y diferencias entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio, luego, (b) a las medidas que puede adoptar el ente investigador durante la etapa investigativa. Finalmente, (c) se mostrarán los argumentos constitucionales que justifican el sometimiento de las actividades investigativas en los procesos contra aforados a un control judicial de garantías.

Posteriormente, (d) abordaremos la importancia específica del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales dentro del ordenamiento

jurídico colombiano y, (e) la necesidad de que sea este Tribunal quien evalúe las medidas adoptadas durante las investigaciones penales adelantadas contra las personas que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución Política.

a) Particularidades y diferencias entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio

i) Particularidades del proceso penal inquisitivo

El modelo mixto de tendencia inquisitiva, inicialmente adoptado por la Constitución de 1991 y desarrollado en el Decreto número 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, se caracterizó, principalmente, porque bajo este sistema procedimental la Fiscalía General de la Nación, o quien hacía sus veces dentro de las investigaciones penales adelantadas en contra de los aforados constitucionales, cumplía funciones de investigación, acusación y jurisdiccionales.

Así, durante la etapa de investigación la Fiscalía podía utilizar de manera ilimitada de todos los medios que disponía el Estado para el esclarecimiento de los hechos objeto de análisis, sin que dichas acciones estuvieran sujetas a algún control judicial independiente, ya que era él mismo fiscal quien determinaba la constitucionalidad de las medidas adoptadas durante las investigaciones.

El sistema penal de corte inquisitivo privilegió la etapa investigativa sobre el juicio, en la medida que durante la primera fase del proceso penal el fiscal no solo practicaba las pruebas, sino que también las valoraba²⁸.

A pesar de ello, la Corte Constitucional consideró que durante la primera etapa del proceso penal, calificada como “especial y básica de la instrucción y del juicio”²⁹, la persona investigada tenía el derecho a controvertir las pruebas recaudadas por la Fiscalía³⁰, dado que los contenidos de la Constitución Política, especialmente, el derecho al debido proceso, llevaba a que el sindicado o imputado contara con herramientas suficientes para controvertir del poder punitivo del Estado.

Gracias al anterior reconocimiento el procedimiento penal fijado originalmente en la Constitución de 1991 adoptó un matiz importante a favor de las personas investigadas y exigió la garantía de los valores, principios y derechos consagrados en la Carta, sobre todo, durante la etapa de instrucción en la medida que:

“(…) en dicha etapa intervienen quienes ejercen funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía y el Ministerio Público, y aunque no existe en verdad la figura jurídica del **sindicado**,

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁹ “Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en **toda** actuación judicial.” Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

³⁰ Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ La Corte Constitucional encontró ajustada la Constitución el artículo 533 de la Ley 906 según el cual los procesos penales de los congresistas se adelantarán bajo los presupuestos del anterior Código de Procedimiento Penal. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2003, M. P. Nelson Pinilla Pinilla.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

para la que la Constitución prevé un conjunto de reglas garantizadoras de los especiales derechos fundamentales, propias del Debido Proceso Penal, que lo rodean de una gama de instrumentos protectores suficientemente amplia que no puede ser desconocida por la ley, **dentro de los cuales se encuentra el de la controversia de la prueba, también es cierto que toda persona, incluso el imputado, tiene derecho a su defensa.** Esta comporta el derecho de controvertir las pruebas que se vayan acumulando contra el imputado, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el derecho de defensa es también indisponible y fundamental. Este principio rector no puede ser objeto de regulaciones que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa³¹. (Negrillas fuera del texto original).

El sistema penal anterior fue calificado como “mixto” como consecuencia de que las personas investigadas o acusadas contaban con herramientas para controvertir los elementos probatorios recaudados por el fiscal del caso³². En otras palabras, el sindicado o imputado tuvo manera para controvertir el valor, contenido y los elementos recaudados por la Fiscalía durante la etapa investigativa. Para la jurisprudencia constitucional dicho reconocimiento significó:

“Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, corresponde al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinden las necesarias garantías constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

A pesar de las garantías introducidas por la jurisprudencia en favor de las personas investigadas, y el hecho de que pudieran controvertir las pruebas recaudadas por el fiscal del caso, no se contó con la existencia de un control judicial efectivo que salvaguardara los derechos fundamentales de los investigados o imputados. Dado que como arriba se advirtió, era el mismo fiscal quien, en virtud de sus funciones jurisdiccionales, debía asegurarse de que las medidas impartidas no vulneraran los contenidos de la Carta Política.

ii) Particularidades del proceso penal acusatorio

El nuevo proceso penal de naturaleza acusatoria fue introducido en el ordenamiento constitucional mediante el Acto Legislativo número 3 de 2002 y tuvo como principal propósito fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El principal cambio constitucional consistió en eliminar las funciones judiciales que desempeñaban los fiscales, con el fin de

centrar sus esfuerzos en la búsqueda de elementos probatorios que demostraran la responsabilidad del acusado y permitieran el éxito del juicio penal.

De acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2002 puede resaltarse lo siguiente:

“...la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación... se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometían derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función.

Asimismo, la asignación de tareas netamente investigativas y de acusación a la Fiscalía General de la Nación respondió a las exigencias de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y según los cuales, el procedimiento penal debía asegurar la intervención activa del acusado, así como que los actos investigativos adelantados por los fiscales del caso estuvieran sujetos a un control judicial independiente³³.

iii) La necesidad de fortalecer el respeto de las garantías constitucionales de los investigados dentro de un proceso penal

El hecho de que la Fiscalía asuma de manera exclusiva las funciones de investigación, mientras que aquellas medidas que impliquen restricción de los derechos constitucionales serán objeto de control por una autoridad judicial independiente, la cual deberá evaluar su concordancia con el ordenamiento superior, permite la garantía de los derechos de los investigados penales en la medida que:

“(...) A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva, en el que la Fiscalía cumplía al mismo tiempo la función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos

³¹ Sentencia C-150 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

³² “Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas”. Corte Constitucional, C-150 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

³³ “Los temas originales y centrales de la reforma tienen que ver con el cambio de funciones de la Fiscalía General de la Nación... El proyecto propone el ajuste del juzgamiento penal a los cánones internacionales de derechos humanos, a los cuales Colombia se ha comprometido a través de la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales que a ellos obligan, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Igualmente, la adopción del sistema que se pretende acoger con esta reforma, que es un proceso de partes, controversial o contradictorio, simplemente aspira a colocarse al nivel de los estándares internacionales, toda vez que ha sido adoptado por la Corte Penal Internacional, recientemente acogido por nuestro país”. Ver: Exposición de Motivos, Proyecto de Acto Legislativo. *Gaceta del Congreso*. Abril 26 de 2002.

fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, “guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales”³⁴.

Así las cosas, todas las medidas solicitadas por el fiscal y que afecten los derechos fundamentales de las personas, no solamente respecto a la comparecencia de las personas, sino de la práctica y conservación de los elementos probatorios, deberán ser autorizadas por el juez de control de garantías en razón a que “con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales”³⁵.

El actual procedimiento penal –Ley 906 de 2004– va a caracterizarse entonces por su oralidad, contradicción y el respeto de todas las garantías constitucionales de los implicados. Y si bien cuenta con dos etapas procesales importantes: una investigativa y otra de juicio, su atención va a estar en esta última toda vez que durante esta fase procesal se valorarán todas las pruebas recaudadas durante la etapa de investigación.

De acuerdo con la Corte Constitucional bajo el sistema penal acusatorio el papel del fiscal consiste, principalmente, en:

“(…) una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de *inmediación judicial* y *contradicción de la prueba*, (ii) se aplicará el principio de *concentración*, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado”³⁶.

En ese orden de ideas es notoria la necesidad que existe a la hora de adecuar el ordenamiento jurídico nacional para que aquellas personas que de acuerdo con la Constitución Política tienen funciones y deberes un juez especial cuenten con la posibilidad de un juez de control de garantías que evalúe con total independencia e imparcialidad las decisiones adoptadas durante la etapa de investigación penal.

iv) Las diferencias más importantes entre los procesos descritos anteriormente

No hay duda de las hondas diferencias que existen entre el proceso penal inquisitivo y el proceso penal acusatorio incorporado dentro del ordenamiento constitucional en el 2003, especialmente, en materia de garantías y derechos fundamentales. Ya que mientras el sistema penal acusatorio se caracteriza por ser un juicio oral, público concentrado y contradictorio³⁷, así como porque todas las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado están sujetas al control de

una autoridad judicial independiente o Juez de Control de Garantías, el sistema penal inquisitivo al otorgarle funciones jurisdiccionales a los fiscales llevan a que el fiscal pueda evaluar las pruebas recaudadas durante la etapa de investigación, puede así mismo determinar la adecuación y constitucionalidad de las actividades investigativas.

Por otra parte, el proceso penal de corte acusatorio contempló que la etapa de investigación esté al servicio del juicio penal y por ello, fortaleció a la Fiscalía como un organismo de investigación y acusación. A diferencia del proceso penal mixto que privilegió la etapa de investigación sobre el juicio, en razón a que durante esta etapa se practican y se valoran las pruebas que obrarán dentro del proceso penal³⁸.

a) Las labores investigativas adelantadas en los casos de aforados constitucionales

La Constitución Política determinó que la instrucción de aquellas causas que se instauran en contra de los Congresistas de la República (Senadores y Representantes a la Cámara) la adelantará la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (artículo 235 de la C. P.), mientras que instauradas contra los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y todos los demás funcionarios enunciados en el numeral 4 del artículo 235 de la serán investigadas por el Fiscal General de la Nación.

Para la Corte Constitucional el hecho de que la investigación de los delitos sea adelantada por organismos autónomos e independientes configura una importante garantía para la estabilidad de las instituciones del Estado, toda vez que:

“El fuero penal especial es otro de los elementos característicos de los Estados democráticos, que protege a ciertos altos funcionarios del Estado, de modo que se pueda garantizar la dignidad del cargo y de sus instituciones, al igual que su independencia y autonomía, para que puedan desarrollar las funciones que les han sido encomendadas (...)”³⁹.

Además que el procedimiento penal adelantado debe, ante todo, salvaguardar la independencia y autonomía de las ramas del poder público. En este sentido la Corte Constitucional resaltó lo que a continuación se cita:

“La razón de ser del fuero especial es la de servir de garantía de la independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado a los que sirven los funcionarios vinculados por el fuero. Ante todo se busca evitar que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la Nación”⁴⁰.

De esta forma, las funciones investigativas que adelanta tanto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justi-

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2000.

³⁸ De acuerdo con la naturaleza del proceso inquisitivo la etapa de investigación es fundamental para lograr el éxito del caso puesto que durante esta fase “se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo”.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-222 de 1996.

cia como el Fiscal General de la Nación en los casos de aforados constitucionales representan un gran interés para el Estado y por ello, es necesario que se ajusten a un procedimiento especial. Sin embargo, que el procedimiento que rige dichas investigaciones no sea de naturaleza acusatoria exige que se adecue el ordenamiento. Esto con el fin de que las decisiones adoptadas por los encargados de llevar a cabo la investigación cuenten también con una revisión judicial independiente y autónoma.

(i) La ausencia de un juez de garantías en las investigaciones contra los congresistas y otros aforados

La Ley 600 de 2000 reconoció que la Corte Suprema de Justicia adelanta la investigación y el juzgamiento en los casos contemplados en la Constitución Política. Esto quiere decir que dicho tribunal investiga y juzga a los miembros del Congreso de la República (artículo 235 de la C. P.). De hecho, la misma ley penal va a reconocer que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ejerce tanto funciones de instrucción (artículo 74 de la Ley 600 de 2000)⁴¹, como de juzgamiento (artículo 73 de la Ley 600 de 2000)⁴² y respecto a sus funciones va a resaltar, entre otras, la siguiente:

“7. De la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara”⁴³.

Por otra parte, la Constitución Política dispuso que una de las funciones especiales del Fiscal General consiste en investigar y acusar a los altos servidores del Estado que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Carta. De este modo, deberá adelantar la etapa de instrucción en los procesos penales que cursen en contra de los siguientes funcionarios:

“(…) al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen”⁴⁴.

Durante la primera etapa, tanto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación desarrollan todas las investigaciones necesarias y que permitan aclarar la posible comisión de conductas punibles. Además, de las que a continuación se indican:

“**Artículo 114. Atribuciones.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:

1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

⁴¹ “(…) la Corte Suprema de Justicia ejercen funciones de instrucción en los casos contemplados en la Constitución Nacional” ver: artículo 74 de la Ley 600 de 2000.

⁴² “La administración de justicia en materia penal, durante la etapa del juicio, se ejerce de manera permanente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las salas de decisión penales de los tribunales superiores de distrito, los jueces penales del circuito, los jueces penales municipales, los jueces de menores, los promiscuos y los de ejecución de penas y medidas de seguridad. También administra justicia el Senado de la República, en casos excepcionales” ver: artículo 73 de la Ley 600 de 2000.

⁴³ Artículo 75.

⁴⁴ Ver: Constitución Política, artículo 235, numeral 4.

2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.

3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar.

4. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”⁴⁵.

Dentro del proceso de tinte acusatorio, esta primera etapa es determinante ya que de sus hallazgos investigativos preluirán de la investigación iniciada, o por el contrario, se determinará la necesidad de elevar la acusación ante el órgano correspondiente⁴⁶.

El hecho de que dichas decisiones carezcan de cualquier control judicial de garantías efectivo puede llegar a atentar contra los postulados constitucionales y los principios que deben enmarcar el proceso penal. Por lo tanto, es necesario contar con un organismo judicial que se encargue de la revisión y del control constitucional de aquellas medidas adoptadas durante la etapa de instrucción criminal.

a) Argumentos constitucionales que justifican el control de las actividades investigativas llevadas a cabo en los casos de aforados constitucionales

Los fundamentos que sustentan el hecho de que las actividades investigativas adelantadas en los casos de aforados cuenten con un control judicial externo ejercido por una autoridad judicial independiente, es decir, por el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales son, al menos, los siguientes: (i) la cláusula constitucional de Estado de Derecho y el control judicial a las diferentes ramas del poder público (artículos 1°, 2°, y 6° C. P.), (ii) el deber de las autoridades de garantizar la efectividad de los derechos de las personas (artículos 2° y 250 C. P.), así como (iii) la prohibición contra la arbitrariedad de las autoridades públicas (artículos 2° y 6°, C. P.).

i) El control judicial de las actuaciones de las diferentes ramas del poder público dentro de la configuración de un Estado Social de Derecho

El principal argumento que justifica la necesidad de que las actuaciones contra aforados cuenten con un control judicial externo ejercido por el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales, encuentra fundamento en la cláusula constitucional que define a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1° de la C. P.).

En virtud de la anterior cláusula, el ejercicio del Poder Público es sujeto de un estricto control, no solamente este se divide en diversas ramas con funciones y obligaciones particulares, sino que además, con el fin de prevenir abusos y arbitrariedades, el ordenamiento constitucional previó un sistema de pesos y contrapesos, en virtud de los cuales, ningún poder puede sobreponerse sobre otro. De ahí el ejercicio del poder cuenta con estrictos controles, entre otros, el control que lle-

⁴⁵ Ley 600 de 2000, artículo 74.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011.

van a cabo las autoridades judiciales con el fin de garantizar los derechos y prerrogativas constitucionales.

Además de ello, el Estado Social de Derecho se caracteriza por el sistema de “checks and balances” que es también una garantía para los derechos fundamentales de los ciudadanos y la consecución de los fines del Estado que en nuestro caso busca “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”⁴⁷.

Así, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional evaluó la necesidad de que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación bajo la Ley 906 contaran con un control judicial externo, afirmó que dicha necesidad no solamente garantiza, por un lado, el límite de los poderes del Estado, y por otro lado, la efectividad de los derechos consagrados en la Carta Política⁴⁸. Resulta importante resaltar el siguiente extracto jurisprudencial con el fin de resaltar las ideas atrás expuestas:

“(…) la consagración de ramas del poder público y de órganos autónomos y la definición de funciones separadas y diferenciadas, tiene el propósito no solo de evitar abusos de poder y racionalizar el ejercicio de las competencias para el logro de los fines del Estado, sino también, de constituir un sistema de controles mutuos entre las distintas ramas y, así, garantizar el goce efectivo de los derechos y libertades de las personas y la protección contra la arbitrariedad”⁴⁹.

En consecuencia, el ejercicio de poder de las diferentes ramas del poder público dentro de un Estado Social de Derecho tiene límites claros, especialmente, porque instituye un sistema de “checks and balances” en virtud del cual, todo ejercicio de poder debe ser limitado y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas. De ahí que, la existencia de un organismo de carácter nacional y que como máxima autoridad en control de garantías y legalidad avale las medidas adoptadas por los Magistrados de la Sala Penal resulta imprescindible para la garantías de los derechos fundamentales de aquellas personas que por su cargo son investigadas por la Corte Suprema de Justicia o el Fiscal General de la Nación.

ii) Controles judiciales materiales a las actuaciones y omisiones de las autoridades

En relación con el punto anterior, es importante indicar que el Constituyente de 1991 introdujo dentro del ordenamiento superior una serie de medidas judiciales tendientes a controlar y supervisar el ejercicio del poder.

Así por ejemplo, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta busca, entre otros, que las personas cuenten con un recurso rápido y eficiente con el fin de proteger sus derechos fundamentales cuando estos se vean vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública (artículo 86 superior). O el hecho de que los Altos Tribunales de Justicia como son la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, ejerzan un control judicial sobre las diferentes autoridades del Estado.

Específicamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evidenciado el anterior punto de la siguiente manera:

⁴⁷ Constitución Política, artículo 2°.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002.

⁴⁹ Ibídem.

“(…) los artículos 235, numeral 1, 237 y 241 de la Carta, que establecen las competencias de control judicial material de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, del Consejo de Estado como Tribunal Supremo en lo contencioso administrativo y de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, respectivamente. Aun cuando estos controles judiciales tienen un alcance diferente en cada caso y recaen sobre objetos distintos, todos tienen en común el ser controles judiciales materiales de las acciones u omisiones de las autoridades”⁵⁰.

De lo anterior, puede concluirse el especial interés que tuvo la Constitución Política a la hora de controlar el poder de las autoridades del Estado colombiano por medio de mecanismos judiciales que aseguraran la armonía del ordenamiento jurídico y, especialmente, el goce efectivo de los derechos y garantías fundamentales de las personas⁵¹. Sin embargo, la incorporación dentro del ordenamiento de un nuevo sistema penal acusatorio exige la configuración de un tribunal especializado en garantías constitucionales y que sirva como juez en aquellos procesos que se adelantan en contra de aforados constitucionales.

Solo de la anterior manera podrá asegurarse que las medidas adoptadas quien funja como ente investigador en la etapa de investigación cuenten con un control judicial efectivo que pueda decidir sobre su adecuación con el ordenamiento superior. Por otra parte, el hecho de que sea un tribunal de carácter nacional y máxima autoridad en estas materias también asegurará que los altos funcionarios del Estado sean juzgados por hombres y mujeres con las más altas calidades profesionales.

b) La necesidad de que un Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales sea la autoridad evalúe la justificación constitucional de las medidas adoptadas el ente investigador y acusador en los procesos de aforados constitucionales

Si bien la Corte Constitucional indicó que las particularidades del proceso penal adelantado contra los funcionarios con fuero constitucional no implica un acto de discriminación⁵² y tampoco, el desconocimiento de la Carta Política, no puede aceptarse que las decisiones adoptadas en estos procesos carezcan de control y límite ya que ello atentaría contra los derechos y garantías de los ciudadanos que en virtud de sus funciones tienen un juez diferente al ordinario.

Lo anterior, porque de acuerdo con el orden superior todos los poderes públicos son limitados. Precisamente, el Estado Social de Derecho se caracteriza por un sistema de pesos y contrapesos, gracias al

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002.

⁵¹ “(…) el establecimiento de controles a las actuaciones y omisiones de las autoridades no sólo resulta conforme a la Carta, sino que además está orientado a la garantía tanto de la integridad del orden jurídico como del goce efectivo de los derechos y libertades de las personas. Es por ello que la Constitución ha facultado al legislador para establecer controles judiciales materiales a las actuaciones y omisiones de las distintas autoridades, incluidas las judiciales, como los fiscales”. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo.

cual, toda manifestación de autoridad está debidamente reglamentada y en función del respeto por los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De esta manera, resulta violatorio el hecho de que las actuaciones que se adelantan en la instrucción penal no cuenten con una supervisión y control, con el fin de determinar tanto la constitucionalidad como la legalidad de las actuaciones, y que puede llevar a la preclusión de la investigación penal o a la acusación formal.

En consecuencia, el procedimiento penal bajo el cual se juzga a los aforados constitucionales necesita de la existencia de un control judicial independiente y autónomo que califique como legales las medidas que ordene dicha corporación. De lo contrario, se estarían desconociendo los precedentes jurisprudenciales que exigen el cumplimiento de las garantías que de acuerdo con la Constitución Política deben guiar cualquier proceso penal, sobre todo, si es de índole acusatoria.

c) La propuesta de una revisión discrecional de las sentencias proferidas por los Jueces de Control de Garantías y la competencia preferente para ejercer las funciones de juez de garantías en ciertos casos

Como ya se explicó con anterioridad, la justificación para crear un Tribunal Nacional de Garantías descansa principalmente en la necesidad de que crear una autoridad judicial imparcial e independiente que pueda cumplir la función de control de garantías en los casos de aforados constitucionales que la Constitución y la ley le asignen. Pero, para que dicho órgano pueda desempeñar efectivamente la función de recoger la jurisprudencia y resolver las contradicciones que se presentan debido a las diferentes decisiones judiciales frente a un mismo tema, se hace necesario dotarlo con facultades específicas para pronunciarse frente a determinados casos.

Precisamente, con la finalidad de cumplir ese propósito constitucional, esta iniciativa sugiere incorporar en el ordenamiento jurídico una disposición que le atribuya al Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales la competencia preferente para ejercer la función de control de garantías en aquellos casos en que lo considere necesario y las circunstancias lo ameriten para dar cumplimiento al objetivo garantizar la realización de justicia material en aquellos casos que lo ameriten.

Importa aclarar, de cualquier modo, que el ejercicio de esa facultad de revisión en aquellos casos en los que ya hay una sentencia proferida por un juez de control de garantías no constituye de ninguna manera una tercera instancia, en tanto su finalidad no es la de dar a las partes una nueva oportunidad de reabrir los debates judiciales, sino la de permitir a los magistrados, más allá de resolver los casos concretos, realizar un análisis de fondo respecto de la forma como se ha interpretado y aplicado por los Jueces de Control de Garantías la legislación y la jurisprudencia en esta materia, así como la definición doctrinal acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que se presente el mismo debate.

Así, la facultad de revisión del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en Asuntos Penales asegurará la posibilidad de estudiar de manera excepcional las sentencias emitidas los jueces que ejercen

la función de garantías cuando los casos ameriten un pronunciamiento por parte de un órgano colegiado especializado.

A su vez, esta función es una especie de herramienta a través de la cual, las partes del proceso o terceros procesales afectados por la providencia en cuestión, tienen la posibilidad de solicitar la revocatoria de una decisión que consideren contraria a la jurisprudencia de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y ordinaria (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia). Esto, en tanto, como se explicó anteriormente no hay forma de que estas decisiones sean revisadas por las Altas Cortes, dada su naturaleza.

d) La facultad otorgada al Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales en Asuntos Penales para realizar un control judicial material sobre la acusación formulada por la Fiscalía

e) La propuesta para el sistema de elección y conformación de los magistrados garantiza la prevalencia del mérito

La elección de los tres magistrados que conformarán el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales se realizará con fundamento en el mérito. Para ello se ha estipulado la conformación de una Comisión de Selección conformada por cinco (5) personas con las más altas calidades humanas y profesionales. Quienes a su vez deberán adelantar un proceso de selección transparente y público que permita a las Altas Cortes escoger los mejores candidatos a magistrados de las listas enviadas por esta Comisión especial.

Asimismo, este proyecto de ley estatutaria busca que los magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales cuenten con los mismos requisitos que se exigen para llegar a ser magistrado de una Alta Corte y además, sean especialistas en derecho penal, derecho constitucional y derecho internacional, respectivamente.

Todo esto para que las funciones que le han sido asignadas, sobre todo, la de servir como máxima autoridad en materia de control de garantías y legalidad, le pueda prestar un gran servicio a la administración de justicia y los demás jueces de la República puedan contar con sólidos criterios de interpretación a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Fiscalía General de la Nación o, quien haga sus veces, durante la etapa de investigación penal.

No hay duda que seleccionar a los futuros magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales a partir de un proceso que cumpla con los principios de la administración pública, y en el que participarán miembros de la academia, de Organizaciones No Gubernamentales, así como del Defensor del Pueblo, permitirá garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política durante las investigaciones penales que se adelanten en todo el país.

Precisamente, hay que recordar la importancia que tiene para un sistema democrático que la elección de los jueces garantice su independencia y neutralidad. Esto con el fin de que las decisiones judiciales se enmarquen dentro del margen jurídico y no obedezcan a meras razones políticas o subjetivas. Por ello, autores como Aulis Aarnio van a resaltar la importancia de que los jueces no solamente sean autónomos, sino que los criterios de interpretación

utilizados apuesten por la protección jurídica, pilar fundamental del Estado constitucional:

“(…) La independencia y neutralidad de un juez presupone que no esté sujeto a remoción. Y más aún, un juez no debe ser elegido sobre bases políticas. No obstante, los hombres de la justicia también viven en sociedad. Tienen una responsabilidad compartida. Tienen la responsabilidad de razonar. Deben generar la protección jurídica, y al hacerlo, tienen que respetar las reglas del Derecho y jugar el juego con las piezas propias del Derecho. El centro de la responsabilidad de razonar descansa en el hecho de que las fuentes del Derecho deben transferirse adecuadamente en las interpretaciones y en que estas deben realizarse de la manera exigida por los estándares de interpretación. Cuanto más satisfagan estos requerimientos las interpretaciones de los textos jurídicos, mejor implementarán el derecho a la protección jurídica que está en la base de nuestros derechos...”⁵³.

Con el fin de argumentar la necesidad de que el proceso de selección de los futuros magistrados del Tribunal Nacional a continuación se abordarán los siguientes puntos: 1. La justificación de una Comisión de Selección para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales, y 2. El por qué debe ser el mérito el criterio que ha de guiar tanto a la Comisión de Selección como a las Altas Cortes en selección y elección de magistrados.

1. La justificación de una Comisión de Selección para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales

La Comisión de Selección está conformada por dos miembros de la academia expertos en derecho constitucional, derecho penal o Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, dos miembros de Organizaciones No Gubernamentales o de organizaciones internacionales dedicadas a la defensa y promoción de los Derechos Humanos, y el Defensor del Pueblo (ver: numeral 1 del proyecto de ley estatutaria). La razón de ser de esta composición se encuentra inspirada en las comisiones de nominación de jueces que existen en otros Estados democráticos y que han demostrado la importancia de incluir dentro del comité de selección a personas no pertenecientes a la Rama Judicial.

Diferentes países de diversas tradiciones legales tienen órganos de selección de jueces que son representativos de sectores distintos a la Judicatura. En este sentido, en el documento elaborado por Dejusticia y titulado: “Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas”, se señala que en países como Argentina, España, Francia e Italia los órganos nominadores de los jueces están en cabeza de sectores diversos a los magistrados de las Altas Cortes como es el caso de abogados litigantes y catedráticos de derecho⁵⁴.

⁵³ Aarnio, Aulis. P. 19

⁵⁴ Dejusticia, “Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de Magistrados de la Corte Suprema y el Consejo de Estado”, junio de 2012, p. 9. Disponible en: http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/index.php/documentos-institucionales/doc_download/353-propuesta-de-dejusti-

a) El caso argentino

En Argentina el Consejo de la Magistratura está integrado por 19 miembros: ocho (8) de ellos provienen del Órgano Legislativo; cinco (5) son representantes de la Rama Judicial; un (1) profesor quien es elegido en representación de las facultades de derecho legalmente constituidas y un (1) abogado designado por la Rama Ejecutiva⁵⁵.

b) El caso de los Estados Unidos de América

De manera similar, diferentes Estados de Estados Unidos de América tienen comisiones especiales para la selección de los jueces⁵⁶. Por ejemplo, en el Estado de Nueva York el Tribunal de Apelación, que goza de reconocimiento por la calidad de sus fallos, sus integrantes son nombrados por el Gobernador de Nueva York con aprobación del Senado, después de que una comisión de postulación les recomienda entre tres y siete candidatos “muy idóneos” para cada vacante⁵⁷.

Dicha comisión de selección, es apartidista y se encuentra compuesta por doce miembros: cuatro (4) son designados por el Gobernador; otros cuatro (4) por el Presidente del Tribunal de Apelación; el Presidente y el líder de la minoría en la Asamblea eligen un (1) miembro cada uno⁵⁸. Además, entre los cuatro integrantes elegidos por el Presidente del Tribunal y el Gobernador deben estar dos personas que no sean abogadas⁵⁹. Esto con el fin de darle mayor legitimidad a la elección del juez.

c) El caso del Reino Unido

En Inglaterra hasta el 2005 se reformó el sistema de elección de jueces con el propósito de fortalecer la independencia judicial y reformular el proceso mediante el cual se nombraba a los integrantes del poder judicial⁶⁰. La reforma creó una Comisión de Nombres Judiciales, que es de carácter independiente no gubernamental y está integrada por quince comisionados⁶¹.

Todos los miembros de dicha Comisión son nombrados después de un proceso público y abierto de postulación, a excepción de tres miembros que son elegidos por jueces. Tal como sucede en Argentina y en los comités de selección en diferentes estados de Estados Unidos, la Comisión tiene una composición mixta. El Presidente debe ser una persona ajena a la Rama Judicial, el resto de los miembros tiene un origen diverso: cinco (5) provienen de la rama judicial; dos (2) son profesionales en derecho; cinco (5) que no sean provenientes de la actividad judicial; uno (1)

[cia-en-relacion-con-el-gobierno-judicial-y-la-composicion-de-las-altas-cortes.](#)

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Due Process of Law Foundation y Kirkland & Ellis El desafío de seleccionar a los mejores. La selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia, octubre de 2013. Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources-topics/seleccion-de-autoridades-judiciales> En esta investigación se puede encontrar la lista de todos los estados que tienen una comisión de postulación.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁶¹ *Ibidem*. Información disponible en la página de la Comisión: <http://jac.judiciary.gov.uk/about-jac/about-jac.htm>

debe ser trabajador de la Rama Judicial pero en actividades que no sean de carácter judicial, y el otro debe ser Juez de Tribunal.

En suma, la Comisión de Selección que se propone para que elabore la lista de Magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales pretende incluir la participación de sectores diversos a la judicatura en la selección de los jueces, como a miembros de la academia, así como de las organizaciones de la sociedad civil.

Así las cosas, esta propuesta no tiene otro fin que fortalecer el pluralismo en la conformación del Poder Público y tiene como referente los diferentes paneles de selección de Jueces de las Altas Cortes que existen en diferentes Estados democráticos como son: Argentina, Estados Unidos y el Reino Unido.

1. El mérito como criterio que ha de guiar tanto a la Comisión de Selección como a las Altas Cortes en selección y elección de magistrados

El proyecto de ley estatutaria dispone que la Gerencia de la Rama Judicial, o quien haga sus veces, integrará una Comisión de Selección con académicos del más alto nivel, quienes a su vez adelantarán un proceso de selección para la elaboración de las listas que deberán enviar a cada una de las Altas Cortes que participa en la elección de los magistrados del Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales. De esta forma, el mérito de la elección no solo se asegura por los requisitos que han de seguir los miembros de la Comisión de Selección, sino porque dichos comisionados son, ante todo, miembros de la academia y de Organizaciones No Gubernamentales.

Asimismo, esta propuesta de elección está acorde con los cambios constitucionales que introdujo el Acto Legislativo número 02 de 2015 respecto a la elección de los magistrados de las Altas Cortes. De acuerdo con la reforma a la Carta la elección de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado exige una convocatoria pública de aspirantes adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial y la cual deberá atender el criterio de equilibrio entre quienes provienen del ejercicio profesional, de la Rama Judicial y de la academia⁶².

En los siguientes puntos se explicará a) por qué el mérito es un elemento esencial de la Carta Política, y por lo tanto, determinante en la elección de los funcionarios de la Rama Judicial, así como b) la importancia de que la selección de los funcionarios públicos se dé a partir de un concurso público de méritos.

a) El mérito en la Constitución de 1991 y su impacto en la carrera judicial

La Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada que la selección de los funcionarios del Estado debe, ante todo, partir del mérito y la capacidad de quienes trabajarán para él. Esto de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política. De esta manera, la exigencia del mérito constituye un principio orientador para cualquier proceso de selección de personal, sea que este busque suplir un cargo en la Rama Ejecutiva, Judicial o Legislativa. Sobre este punto el Alto Tribunal ha resaltado lo siguiente:

⁶² En este sentido ver: Constitución Política, artículo 231.

“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (artículo 125 C. P.), **tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales**”⁶³ (negritas fuera del texto original).

La razón de que los procesos de selección y elección de los funcionarios partan del mérito de las personas, así como de sus capacidades, es porque la función pública debe desarrollarse a partir de los principios de eficiencia y de eficacia. Lo cual solo se logra con funcionarios probos. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte ha entendido que, por ejemplo, la carrera administrativa busca, sobre todo, “la obtención de eficiencia y eficacia, y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho”⁶⁴.

Así las cosas, cuando un proceso público de selección deja de lado el mérito, lleva a que, como lo ha indicado el Alto Tribunal Constitucional, “los fines propios de la carrera resultan estropeados”⁶⁵. Adicionalmente, dicho Tribunal también afirmó sobre esta materia lo que a continuación se cita:

“Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, **es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público**, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo” (negritas fuera del texto original).

No obstante lo anterior, y el hecho de que el mérito sirva como criterio de selección en las distintas ramas del poder público, hay que resaltar su gran impacto dentro de la Rama Judicial. Precisamente, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia hace un especial reconocimiento de este principio y en consecuencia, tanto el ingreso, como la permanencia y la promoción de los funcionarios de la Rama debe hacerse en consideración a sus méritos:

“(L)a carrera judicial se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y **en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio**”⁶⁶ (negritas fuera del texto original).

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia SU-086 de 1999.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-086 de 1999.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-086 de 1999.

⁶⁶ Ver: Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) artículo 156.

De hecho, para la Corte Constitucional el anterior artículo de la Ley de Administración de Justicia exige que los servidores judiciales sean altamente competentes con el fin de asegurar la excelencia en la administración de justicia y el cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia de la función pública:

“(…) la carrera judicial se oriente a atraer y retener a los servidores más idóneos, para así asegurar la calidad de la función judicial y del servicio. Por eso, para ejercer cargos y escalar posiciones dentro de la carrera judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales (calidades mínimas dispuestas por la Constitución o por la ley para cada empleo), haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones consiguientes, que deben realizarse de conformidad con los reglamentos que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sobre la base de definir en cada prueba la idoneidad del aspirante sin más consideraciones que los resultados que obtenga. Estos lo califican o lo descalifican para acceder al cargo”⁶⁷.

En consecuencia, el mérito que deben cumplir los funcionarios del Estado para ocupar sus cargos permite la garantía de otros principios del Estado como son el de eficiencia y eficacia de la función pública, con la particularidad de que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia es clara en exigir que los servidores que hagan parte de la misma deben cumplir con la idoneidad para ocupar su cargo, en la medida que la función judicial debe prestarse con calidad, eficiencia y eficacia.

b) La importancia del concurso público en la selección de los funcionarios públicos

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la selección y elección de los funcionarios públicos debe adelantarse por medio de concursos públicos, en la medida que estos garantizan la igualdad, así como el derecho al trabajo de quienes buscan ocupar un cargo dentro del Estado. Al respecto ha indicado la jurisprudencia:

“El sistema de concurso constituye, a no dudarlo, la expresión más acabada del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos públicos, en la medida en que coloca a todas las persona en la posibilidad de participar en aquél, sin cortapisas excluyentes, porque tan solo se exige como condición general para los aspirantes que reúnan las exigencias mínimas que el ejercicio del cargo requiere.

Cuando quiera que en el proceso de selección se establecen prerrogativas en favor de ciertas personas o determinados sectores o se consignan exigencias a cargo de algunos participantes, y tales prerrogativas y exigencias carecen de justificación racional, se convierten indudablemente en fuente de violación del derecho de igualdad”⁶⁸.

De esta forma, los concursos públicos permiten asegurar los principios de eficacia y eficiencia que rigen la

función pública y la igualdad en el acceso a los cargos públicos. En la Sentencia C-333 de 2012⁶⁹ la Corte estudió la constitucionalidad de una de las disposiciones de la Ley 975 de 2005⁷⁰ (incisos 1° y 3° del artículo 67), en las cuales se estableció que los magistrados de la Sala de Justicia y Paz de los Tribunales serían elegidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de las listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En aquella oportunidad la Corte estableció que:

“(…) el no imponer a los funcionarios encargados de proveer los cargos a los que se refiere la disposición acusada, el deber de seguir el parámetro del mérito de forma principal y primordial en la elección pública de los funcionarios judiciales de forma expresa, implica en una interpretación acorde con la Constitución, la vulneración de la misma”⁷¹.

También es necesario resaltar que la escogencia a través del mérito garantiza distintas finalidades constitucionales del Estado. En su jurisprudencia a propósito de la carrera, la Corte ha establecido que esta pretende contar con personas que tengan una formación idónea:

“(…) un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública”⁷².

En síntesis, el sistema de elección de los Magistrados del Tribunal Nacional de Garantías para Asuntos Penales desarrolla los principios constitucionales de prevalencia del mérito, la eficiencia de la función pública, y el principio de igualdad, no solo porque quienes han de ocupar dichos cargos han de ser especialistas en derecho constitucional, penal y derechos internacional, respectivamente. Sino porque su postulación está en cabeza de un organismo independiente, conformado por académicos y miembros de organizaciones no gubernamentales.

Presentado por:


H.R. MIGUEL ANGEL PINTO HERNANDEZ

⁶⁹ M. P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁰ “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

⁷¹ Este precedente fue reiterado por la Corte de manera en la Sentencia C-532 de 2013 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) en el que se demandó una disposición de la Ley 1592 de 2012 que reformó la ley de justicia y paz, en la que se mantenía el sistema de elección para los Magistrados, pero con la diferencia que se debía realizar, de conformidad con el procedimiento previsto artículo 53 de la Ley 270 de 1996.

⁷² Sentencia C-588 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-086 de 1999.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 1998. En el mismo sentido ver: Sentencia T-451-2001.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 138 DE 2015 CÁMARA

por medio de la cual se introduce la figura de la experimentación para entidades territoriales, se adiciona la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* A través de esta ley se introduce la figura de la experimentación para entidades territoriales y se establece una remisión obligatoria de los actos administrativos generales e impersonales de las entidades territoriales expedidos en aplicación de la figura de la experimentación, de los actos administrativos generales de los alcaldes locales y de todos los actos administrativos y contratos de algunas entidades descentralizadas.

Artículo 2°. *Experimentación.* Con fundamento en el artículo 151 de la Constitución Política, las entidades territoriales podrán derogar, a título experimental, las disposiciones normativas que regulan el ejercicio de sus competencias, siempre que no esté en discusión o se involucren las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad fundamental o de un derecho fundamental, y exista por parte del legislador definición del objeto de la experimentación, su duración así como las disposiciones que pueden ser derogadas.

La ley precisará las entidades territoriales, las características y los requisitos que estas deben cumplir para ser autorizadas a participar en la experimentación, así como los casos específicos en los cuales la experimentación puede darse.

La ley fijará el plazo en el cual la entidad territorial o entidades territoriales que cumplen las condiciones previstas por el legislador pueden solicitar su participación en la experimentación. En todo caso no podrá exceder de ocho (8) años.

Artículo 3°. *Procedimiento para participar de la experimentación.* Toda entidad territorial que se encuentre habilitada para participar en la experimentación de conformidad con el artículo precedente puede solicitar en el plazo establecido por el legislador, previa votación favorable del consejo municipal, distrital o de la asamblea departamental, beneficiarse de la experimentación regulada en esta ley.

La solicitud para participar de la experimentación debe dirigirse al Ministro del Interior, con el fin de que este verifique si se cumplen las disposiciones legales correspondientes. Por decreto se establecerá la lista de las entidades territoriales autorizadas a participar en la experimentación.

Artículo 4°. *Evaluación e informes de la experimentación.* Antes de la expiración del plazo establecido para la experimentación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Interior, presentará al Congreso de la República un informe de evaluación y de resultados de la experimentación a partir de las observaciones y experiencias de cada entidad territorial que ha participado en la experimentación. Este informe expondrá los efectos y resultados de las medidas adoptadas por las entidades territoriales. Se analizarán los servicios prestados, costos, organización de la entidad territorial y

del Estado en general e incidencias financieras y fiscales luego de la implementación de la experimentación.

En el mes de diciembre de cada año el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior presentará un informe al Congreso de la República con la totalidad de proposiciones y solicitudes de experimentación formuladas durante ese año, de acuerdo con los artículos 1° y 2° de esta ley que han presentado las entidades territoriales, exponiendo el trámite dado a cada una de ellas.

Artículo 5°. *Generalización, prolongación, modificación o abandono de la experimentación.* Antes de la expiración del plazo fijado para la experimentación y a partir de su evaluación, el Congreso de la República determinará según el caso:

a) Las condiciones de la prolongación o de la modificación de la experimentación por una duración que no podrá exceder de cuatro (4) años;

b) La permanencia o la generalización de las medidas tomadas a título experimental;

c) El abandono de la experimentación;

d) El depósito de una proposición o de un proyecto de ley con el fin de prorrogar la experimentación hasta la adopción definitiva de la ley que la establece como definitiva, en un límite de tiempo no superior a un año contado a partir de la fecha de expiración establecida en la ley de experimentación.

Por fuera de los casos señalados anteriormente, la experimentación no podrá continuar más allá del plazo fijado por la ley que la autorizó y organizó.

Artículo 6°. *Remisión obligatoria de Actos Administrativos y Contratos.* Los actos administrativos de carácter general e impersonal de una entidad territorial que versen sobre la derogación de las disposiciones normativas correspondientes, expedidos en utilización de la figura de la experimentación, deben precisar su duración y su validez y serán obligatorios desde su publicación, previa remisión obligatoria de dichos actos con todos los antecedentes y documentos que los soportan al Ministro del Interior.

Será igualmente obligatoria la remisión al Ministro del Interior de todos los actos administrativos que expidan las entidades territoriales y que regulen materias de ordenamiento territorial y urbanismo con todos sus antecedentes y documentos que los soportan, así como de todos los contratos cuya cuantía sea igual o superior 1.650 smml que pretenda celebrar una entidad territorial. En este último caso, esta deberá remitir al Ministro del Interior el auto de apertura del proceso de selección correspondiente junto con todos los soportes precontractuales correspondientes y la minuta del contrato que se celebraría. Solo se exigirá la remisión de la minuta del contrato que se celebraría junto con el estudio previo de la contratación cuando se trate de una contratación directa.

Los actos administrativos de las entidades territoriales señalados en este artículo serán obligatorios desde su publicación o una vez se surta su correspondiente notificación pero previo a ello será obligatoria su remisión al Ministro del Interior.

Igualmente, los actos administrativos de carácter general e impersonal de los alcaldes locales serán obligatorios desde su publicación previa remisión obligatoria de dichos actos con todos los antecedentes y documentos que los soportan al alcalde mayor de Bogotá, D. C.

Se remitirá de forma obligatoria al Ministro del Medio Ambiente todos los actos administrativos generales e impersonales expedidos por las Corporaciones Autónomas Regionales, así como de los actos administrativos particulares que otorgan o confieren:

1. Concesiones;
2. Permisos, autorizaciones, salvoconductos y licencias ambientales para el uso, aprovechamiento del medio ambiente o de los recursos naturales renovables o para la movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente;
3. Permisos para aprovechamientos forestales;
4. Concesiones para aprovechamientos forestales;
5. Concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y para establecer vedas para la caza y pesca deportiva, actos administrativos que decretan la suspensión de obras, actos administrativos que suspenden o revocan permisos, licencias, autorizaciones o concesiones para el uso o aprovechamiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, actos administrativos de policía expedidos por las Corporaciones Autónomas y de todos los contratos cuya cuantía sea igual o superior 1.650 smlm que pretenda celebrar una Corporación Autónoma Regional.

En este último caso, la Corporación Autónoma deberá remitir al Ministro del Medio Ambiente el auto de apertura del proceso de selección correspondiente junto con todos los soportes precontractuales correspondientes y la minuta del contrato que se celebraría. Solo se exigirá la remisión de la minuta del contrato que se celebraría junto con el estudio previo de la contratación cuando se trate de una contratación directa.

Los actos administrativos de las Corporaciones Autónomas Regionales señalados en este artículo serán obligatorios desde su publicación o una vez se surta su correspondiente notificación pero previo a ello será obligatoria su remisión al Ministro del Medio Ambiente.

La remisión señalada anteriormente, será también obligatoria para todos los actos administrativos generales e impersonales expedidos por otras autoridades públicas o por particulares que ejerzan funciones administrativas que sean expedidos en cumplimiento de funciones ejercidas por delegación de una corporación autónoma regional.

Igualmente será obligatoria la remisión al Ministro del Medio Ambiente de los actos administrativos particulares cuya remisión es obligatoria para las corporaciones autónomas regionales y que pueden ser expedidos por una autoridad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas y dando cumplimiento a funciones que le fueron delegadas por una Corporación Autónoma Regional.

Parágrafo 1°. No será obligatoria la remisión al Ministro del Interior y del Medio Ambiente ni del acto administrativo a través del cual se declara una urgencia manifiesta por parte de una entidad territorial y de una Corporación Autónoma Regional, ni del contrato que

estas pretendan suscribir con fundamento en una declaratoria de urgencia manifiesta.

Parágrafo 2°. El procedimiento de la remisión obligatoria de los actos administrativos y de los contratos que se pretendan celebrar señalados en este artículo, sus efectos y alcance se regirán por lo dispuesto en el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 7°. Adiciónese el artículo 73A a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 73A. *Procedimiento, alcance y efectos de la remisión de los actos administrativos generales e impersonales de las entidades territoriales expedidos en aplicación de la figura de la experimentación y de los demás actos administrativos y contratos de las entidades territoriales cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley.* El Ministro del Interior, podrá por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dentro de los dos meses siguientes al recibo de la remisión obligatoria del acto administrativo general e impersonal que verse sobre la derogación de las disposiciones normativas correspondientes, expedidos en utilización de la figura de la experimentación o de cualquier otro acto administrativo cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley, por parte de la autoridad suprema de la entidad territorial correspondiente, solicitar a dicha entidad el retiro del ordenamiento jurídico del acto o de los actos administrativos, exponiendo, mediante carta de observaciones, las razones jurídicas que soportan tal solicitud.

Frente a dicha solicitud la entidad territorial podrá, dentro del mes siguiente a su recibo, retirar el acto administrativo respectivo del ordenamiento jurídico o negarse a su retiro y continuar ejecutando el acto administrativo previa comunicación al Ministro del Interior de su decisión debidamente motivada dentro del mismo mes que le fue conferido para tomar su decisión de retiro o no del acto administrativo.

En caso de no retiro del acto administrativo del ordenamiento jurídico por parte de la entidad territorial, el Ministro del Interior podrá solicitar la nulidad del acto o de los actos administrativos dentro del mes siguiente al recibo de la comunicación de no retiro del ordenamiento jurídico de la decisión.

La presentación de la demanda de nulidad suspenderá los efectos de los actos administrativos por un término máximo de cuatro (4) meses, si vencido ese tiempo el juez no se ha pronunciado de fondo sobre la nulidad del acto administrativo general o impersonal, la suspensión del acto administrativo quedará sin efectos salvo que el juez que este conociendo el asunto de oficio decida mantener la suspensión del acto administrativo hasta que se pronuncie de fondo sobre la nulidad del acto.

El Ministro del Interior, podrá por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dentro de los 15 días siguientes al recibo de la remisión obligatoria del auto de apertura del proceso de selección que se adelantaría y de los soportes precontractuales correspondientes del proceso de selección que se pretende adelantar y de la minuta del contrato que se celebraría o de la remisión del estudio previo y del contrato que suscribiría la entidad territorial, en este último caso, cuando se trate de una contratación directa, solicitar la no apertura del proceso de selección o la no suscripción del contrato correspon-

diente, exponiendo mediante carta de observaciones, las razones jurídicas que soportan tal solicitud.

Frente a dicha solicitud la corporación autónoma regional, podrá dentro de los 15 días siguientes al recibo de dicha solicitud: decidir no dar apertura al proceso de selección o no suscribir el contrato correspondiente o negarse a la solicitud elevada y proceder a adelantar el proceso de selección correspondiente y a suscribir y ejecutar el contrato correspondiente previa comunicación al Ministro del Interior, de su decisión debidamente motivada dentro del mismo término que le fue conferido para tomar su decisión.

Frente a la negativa de la entidad territorial a la solicitud elevada por el Ministro del Interior, este podrá solicitar la nulidad de los actos administrativos precontractuales o la nulidad del contrato suscrito según sea el caso dentro del mes siguiente al recibo de la comunicación de negativa por parte de la entidad territorial.

La presentación de la demanda de nulidad del acto administrativo precontractual correspondiente o de la presentación de la demanda de nulidad del contrato, suspenderá los efectos de los actos administrativos o del contrato según sea el caso por un término máximo de cuatro (4) meses, si vencido ese tiempo el juez no se ha pronunciado de fondo sobre la nulidad del acto administrativo o sobre la nulidad del contrato, la suspensión del acto administrativo o del contrato quedará sin efecto salvo que el juez que este conociendo el asunto de oficio decida mantener la suspensión del acto administrativo o del contrato hasta que se pronuncie de fondo sobre la nulidad del acto o del contrato.

Parágrafo. Si el Ministro del Interior, dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la remisión obligatoria del acto administrativo correspondiente o dentro de los quince (15) días siguientes en el caso de actos administrativos precontractuales y/o del contrato correspondiente y demás soportes contractuales por parte de la autoridad suprema de la entidad territorial, no solicitó el retiro de las decisiones del ordenamiento jurídico o el no adelantamiento del proceso de selección correspondiente o la no suscripción del contrato, en estos dos últimos casos a la entidad territorial, estas continuarán ejecutando el acto administrativo correspondiente o adelantarán el proceso de selección correspondiente o suscribirán el respectivo contrato, para lo cual previamente solicitará al Ministro del Interior la expedición de una certificación de no existencia de solicitud de su parte del retiro de la decisión del ordenamiento jurídico, o de no existencia de solicitud de su parte de no adelantar el proceso de selección correspondiente o de no existencia de solicitud de no suscripción del contrato de su parte.

En todo caso, cualquier persona podrá en cualquier tiempo solicitar la nulidad de los actos administrativos a los que se refiere este artículo por las causales señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 144 con relación a la protección de derechos e intereses colectivos.

Artículo 8°. Adiciónese el artículo 73B a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 73B. Procedimiento, alcance y efectos de la remisión de los actos administrativos generales e impersonales de los alcaldes locales al Alcalde Mayor de Bogotá, D. C. El Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., podrá por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dentro de los dos meses siguientes al recibo de la remisión obli-

gatoria del alcalde local del acto administrativo general e impersonal expedido por este, solicitar a dicha autoridad el retiro del ordenamiento jurídico del acto, exponiendo, mediante carta de observaciones, las razones jurídicas que soportan tal solicitud. Frente a dicha solicitud el alcalde local podrá dentro del mes siguiente al recibo de dicha solicitud: retirar el acto administrativo general e impersonal del ordenamiento jurídico o negarse a su retiro y continuar ejecutando el respectivo acto administrativo previa comunicación al Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., de su decisión debidamente motivada dentro del mismo mes que le fue conferido para tomar su decisión de retiro o no del acto administrativo.

En caso de no retiro del acto administrativo del ordenamiento jurídico por parte del alcalde local, el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., podrá solicitar la nulidad del acto o de los actos administrativos de carácter general e impersonal dentro del mes siguiente al recibo de la comunicación de no retiro del ordenamiento jurídico de la decisión.

La presentación de la demanda de nulidad suspenderá los efectos de los actos administrativos de carácter general por un término máximo de cuatro (4) meses, si vencido ese tiempo el juez no se ha pronunciado de fondo sobre la nulidad del acto administrativo general o impersonal, la suspensión del acto administrativo quedará sin efectos salvo que el juez que este conociendo el asunto de oficio decida mantener la suspensión del acto administrativo hasta que se pronuncie de fondo sobre la nulidad del acto.

Parágrafo. Si el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la remisión obligatoria del acto administrativo general e impersonal por parte del alcalde local, no solicita el retiro de la decisión del ordenamiento jurídico al alcalde local, este solicitará al Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., la expedición de una certificación en la cual se señale la no existencia de solicitud de retiro de la decisión del ordenamiento jurídico al alcalde local por parte del Alcalde Mayor de Bogotá, D. C.

En todo caso, cualquier persona podrá en cualquier tiempo solicitar la nulidad de los actos administrativos generales e impersonales de los alcaldes locales del Distrito Capital por las causales señaladas en el artículo 137 de este Código. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 144 con relación a la protección de derechos e intereses colectivos.

Artículo 9°. Adiciónese el artículo 73C a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 73C. Procedimiento, alcance y efectos de la remisión de los actos administrativos y contratos de las Corporaciones Autónomas Regionales y de los actos administrativos expedidos por otras autoridades públicas o por particulares que ejerzan funciones administrativas que sean expedidos en cumplimiento de funciones ejercidas por delegación de una corporación autónoma regional, cuya remisión al Ministro del Medio ambiente es obligatoria de conformidad con la ley. El Ministro del Medio Ambiente, podrá por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dentro de los dos meses siguientes al recibo de la remisión obligatoria del acto administrativo general e impersonal o de un acto administrativo particular cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley, expedidos por una corporación autónoma regional o por una autoridad pública o por un particular que ejerce funciones administrativas, en los dos últimos casos que

hayan sido expedidos en cumplimiento de funciones ejercidas por delegación de una corporación autónoma regional y cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley, solicitar el retiro del ordenamiento jurídico del acto administrativo correspondiente, exponiendo mediante carta de observaciones, las razones jurídicas que soportan tal solicitud.

Frente a dicha solicitud la corporación autónoma regional, la autoridad pública o el particular que ejerce funciones administrativas podrá dentro del mes siguiente al recibo de dicha solicitud: retirar el acto administrativo correspondiente o negarse a su retiro y continuar ejecutando el respectivo acto administrativo previa comunicación al Ministro del Medio Ambiente, de su decisión debidamente motivada dentro del mismo mes que le fue conferido para tomar su decisión de retiro o no del acto administrativo.

En caso de no retiro del acto administrativo general e impersonal o del acto administrativo particular del ordenamiento jurídico por parte de la corporación autónoma regional, de la autoridad pública o del particular que ejerce funciones administrativas, este podrá solicitar la nulidad del acto o de los actos administrativos de carácter general e impersonal o de los actos administrativos particulares cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley dentro del mes siguiente al recibo de la comunicación de no retiro del ordenamiento jurídico de la decisión.

La presentación de la demanda de nulidad suspenderá los efectos de los actos administrativos por un término máximo de cuatro (4) meses, si vencido ese tiempo el juez no se ha pronunciado de fondo sobre la nulidad del acto administrativo, la suspensión del acto administrativo quedará sin efecto salvo que el juez que este conociendo el asunto de oficio decida mantener la suspensión del acto administrativo hasta que se pronuncie de fondo sobre la nulidad del acto.

El Ministro del Medio Ambiente, podrá por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de la remisión obligatoria del auto de apertura del proceso de selección que se adelantará y de los soportes precontractuales correspondientes del proceso de selección que se pretende adelantar y de la minuta del contrato que se celebrará o de la remisión del estudio previo y del contrato que suscribirá la Corporación Autónoma Regional, en este último caso, cuando se trate de una contratación directa, solicitar la no apertura del proceso de selección o la no suscripción del contrato correspondiente en el caso de una contratación directa, exponiendo mediante carta de observaciones, las razones jurídicas que soportan tal solicitud.

Frente a dicha solicitud la corporación autónoma regional, podrá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de dicha solicitud: decidir no dar apertura al proceso de selección o no suscribir el contrato correspondiente o negarse a la solicitud elevada y proceder a adelantar el proceso de selección correspondiente y a suscribir y ejecutar el contrato correspondiente previa comunicación al Ministro del Medio Ambiente, de su decisión debidamente motivada dentro del mismo término que le fue conferido para tomar su decisión.

Frente a la negativa de la Corporación Autónoma a la solicitud elevada por el Ministro del Medio Ambiente, este podrá solicitar la nulidad de los actos administrativos precontractuales o la nulidad del contrato suscrito según sea el caso dentro del mes siguiente al

recibo de la comunicación de negativa por parte de la Corporación Autónoma Regional.

La presentación de la demanda de nulidad del acto administrativo precontractual correspondiente o de la presentación de la demanda de nulidad del contrato, suspenderá los efectos de los actos administrativos o del contrato según sea el caso por un término máximo de cuatro (4) meses, si vencido ese tiempo el juez no se ha pronunciado de fondo sobre la nulidad del acto administrativo o sobre la nulidad del contrato, la suspensión del acto administrativo o del contrato quedará sin efecto salvo que el juez que este conociendo el asunto de oficio decida mantener la suspensión del acto administrativo o del contrato hasta que se pronuncie de fondo sobre la nulidad del acto o del contrato.

Parágrafo. Si el Ministro del Medio Ambiente, dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la remisión obligatoria del acto administrativo correspondiente o dentro de los quince (15) días siguientes en el caso de actos administrativos precontractuales y/o del contrato correspondiente y demás soportes contractuales por parte del Director de la Corporación Autónoma Regional o de los actos administrativos de una Autoridad pública o de un particular expedidos en cumplimiento de funciones delegadas por una Corporación autónoma regional, cuya remisión es obligatoria de conformidad con la ley, no solicitó el retiro de las decisiones del ordenamiento jurídico o el no adelantamiento del proceso de selección correspondiente o la no suscripción del contrato, en estos dos últimos casos a la Corporación Autónoma Regional, estas continuarán ejecutando el acto administrativo correspondiente o adelantarán el proceso de selección correspondiente o suscribirán el respectivo contrato, para lo cual previamente solicitará al Ministro del Medio Ambiente la expedición de una certificación de no existencia de solicitud de su parte del retiro de la decisión del ordenamiento jurídico, o de no existencia de solicitud de su parte de no adelantar el proceso de selección correspondiente o de no existencia de solicitud de no suscripción del contrato de su parte.

En todo caso, cualquier persona podrá en cualquier tiempo solicitar la nulidad de los actos administrativos a los que se refiere este artículo por las causales señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 144 con relación a la protección de derechos e intereses colectivos.

Artículo 10. *Vigencia.* Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,



RODRIGO LARA RESTREPO
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

De acuerdo con el artículo 1° de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El presente proyecto de ley no desconoce tal organización sino que busca a partir del entendimiento de que Colombia es una República indivisible cuya organización es descentralizada romper con la uniformidad y ampliar los límites del derecho administrativo para poner en marcha una nueva República descentralizada a partir de los postulados del artículo 1° de la misma Constitución.

Ampliar los límites del derecho administrativo comporta entre otros aspectos afirmar la existencia de un poder reglamentario en cabeza de las entidades territoriales y reconocer el derecho a la experimentación local de iniciativa de la entidad territorial respectiva, la cual no es nada diferente a la autorización dada por el legislador a través de una ley a una entidad territorial de aplicar una política pública que no entra dentro de sus competencias por un período de tiempo determinado. En otras palabras, es una facultad conferida a las entidades territoriales pero que con el fin de respetar los postulados constitucionales de los artículos 1° y 151, así como la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, debe estar perfectamente regulada y limitada por el legislador y en todo caso excluida en el campo de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En ese orden de ideas y bajo estos postulados el legislador al autorizar la experimentación deberá precisar el objeto de la misma, su duración, las características de las colectividades que pueden acceder a la experimentación y las disposiciones que podrán ser derogadas y la evaluación de la experimentación con el fin de que transcurrido el periodo de tiempo respectivo dado para la experimentación esta sea o suprimida o generalizada.

La experimentación plasma la voluntad de incentivar la iniciativa local confiando responsabilidades a las entidades territoriales dentro del marco del principio de proximidad y permitiendo que las decisiones sean tomadas lo más cerca del terreno o del ámbito de su aplicación, lo cual finalmente repercute en una renovación de las modalidades de descentralización al pasar de una nueva forma de descentralización “dada y sentada por el Estado” a una alcanzada por iniciativa de los elegidos a nivel territorial.

Esto le permitirá a Colombia avanzar en el entendimiento, ampliación y alcance de la descentralización administrativa al conferírsele a las entidades territoriales la iniciativa para apreciar la pertinencia de adecuar sus competencias a un objetivo específico, identificar las posibles imperfecciones que puedan presentarse en este campo y probar las reformas que podrían introducirse con el fin de brindar un mejor servicio a los ciudadanos al constituir un medio para que frente a una política pública se determine el buen nivel de ejercicio de las competencias.

Ahora bien, es preciso pensar en establecer un control administrativo por parte del Estado, sin que con ello se desconozca la autonomía local y de ciertas entidades descentralizadas. Este control permite reiterar el carácter unitario del Estado colombiano y establece el límite entre descentralización y federación, además de poner en escena a cuatro actores, el elegido local, una entidad descentralizada, un representante del Estado y el juez administrativo. Control que es enunciado en el presente proyecto de ley y cuyo procedimiento estará regulado en el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

El control administrativo que se busca establecer no es nada distinto a un control de legalidad que tiene como finalidad encuadrar jurídicamente la acción pública local y de ciertas entidades descentralizadas con el fin de ve-

lar porque ciertas decisiones administrativas y financieras sean siempre conformes a la Constitución y a la ley y compatibles con los intereses generales del Estado.

Este control no es contrario al principio de libre administración reconocido al interior de una organización descentralizada, puesto que administrarse libremente no es nada distinto a **conducir o adelantar**, sin estar sometido a restricciones excesivas y sin interferir con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, siendo estas categorías diferentes de actos, operaciones y contratos.

Este control, permite asegurar la preeminencia de los intereses nacionales sobre los intereses locales y de hacer prevalecer la unidad del orden jurídico colombiano pero sin desconocer el principio de libre administración de las entidades territoriales y de ciertas entidades descentralizadas como es el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales.

En ese contexto es claro que la conformidad jurídica de los actos y contratos que involucra el presente proyecto de ley en el plano orgánico (forma) exige que estos sean expedidos con las formalidades legales exigidas y por la autoridad competente de acuerdo con las normas de procedimiento vigentes. En tanto, sobre el plano material (fondo) la Constitución, la ley y en general el ordenamiento jurídico vigente forman el bloque normativo que encuadra el actuar de la entidad territorial, de la autoridad administrativa involucrada o de la entidad descentralizada correspondiente.

Adicional a ello no pueden ser contrarios a los intereses nacionales definidos a nivel gubernamental, de allí la importancia de establecer el control administrativo de legalidad que se introduce en el presente proyecto de ley.

2. El proceso de descentralización desde la Constitución de 1991

Las regiones de Colombia han presentado un proceso de desarrollo disímil. Así, la distribución de las actividades económicas es desigual y presenta una concentración en determinadas regiones. En este sentido, las regiones con mayor actividad económica presentan una menor incidencia de la pobreza y mayores ingresos (Gráfico 1).

Por su parte, las diferentes evaluaciones del proceso de descentralización evidencian que algunas regiones han aumentado la cobertura de servicios básicos como salud, educación y servicios domiciliarios, mientras otras presentan importantes rezagos. En ellos, se destacan los trabajos del actual co-Director del Banco de la República Eduardo Meisel¹.

De esta forma, y tomando en consideración recientes investigaciones realizadas por *Fedesarrollo*², se evidencia la poca convergencia regional que existe en Colombia en términos de logros sociales mínimos. Tomando esto en consideración, es necesario en estrate-

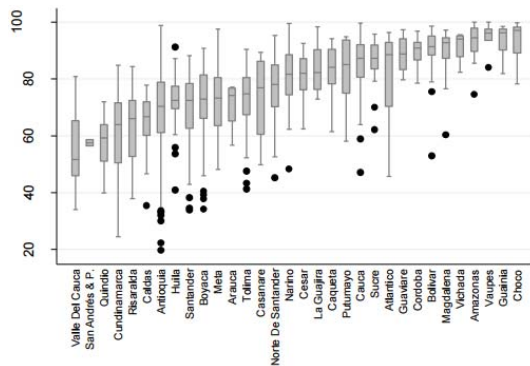
¹ Luis Armando Galvis & Adolfo Meisel, 2012. “Convergencia y trampas espaciales de pobreza en Colombia: Evidencia reciente.” Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional 010287, Banco de la República - Economía Regional. Luis Armando Galvis Aponte & Adolfo Meisel R., 2010. “Persistencia de las desigualdades regionales en Colombia: Un análisis espacial”. Documentos de Trabajo sobre Economía Regional 006631, Banco de la República - Economía Regional.

² Convergencia social en Colombia: el rol de la geografía económica y de la descentralización. Juan Mauricio Ramírez, Yadira Díaz y Juan Guillermo Bedoya, 2014.

gias territoriales diferenciales en la búsqueda de igualdad de oportunidades y la reducción de la pobreza.

De tal forma, que exista por parte de cada región una mayor autonomía y posibilidad de diseñar sus propias políticas para mejorar la prestación de los servicios sociales. En este sentido, Colombia debe moverse hacia un sistema de descentralización diferenciada en el que el principio de subsidiariedad se aplique de acuerdo con las capacidades institucionales locales. De tal forma, puede haber regiones en capacidad de asumir mayores responsabilidades que otras.

Gráfico 1: Dispersión de la tasa de pobreza multidimensional por departamentos



Fuente: Ramírez, Díaz y Bedoya (2014), Fedesarrollo.

Cordialmente,

RODRIGO LARA RESTREPO
Representante a la Cámara

CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 7 de octubre de 2015 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 138 con su correspondiente exposición de motivos. Por el honorable Representante *Rodrigo Lara Restrepo*.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 140 DE 2015
CÁMARA

por medio de la cual se adiciona un parágrafo nuevo a la Ley 115 de 1994.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese un parágrafo al artículo 86 de la Ley 115 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 86. Flexibilidad del calendario académico. Los calendarios académicos tendrán la flexibilidad necesaria para adaptarse a las condiciones económicas regionales y a las tradiciones de las instituciones educativas. El calendario académico en la educación básica secundaria y media se organizará por períodos anuales de 40 semanas de duraciones mínimas o se-

mestrales de 20 semanas mínimo. La educación básica (primaria y secundaria) y media comprende un mínimo de horas efectivas de clase al año, según el reglamento que expida el Ministerio de Educación Nacional.

Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional, dentro del plazo máximo de cinco (5) años, reglamentará los calendarios académicos de tal manera que contemplen dos (2) períodos vocacionales uniformes que amplíen las posibilidades de formación integral escolarizada o desescolarizada y, además faciliten el aprovechamiento del tiempo libre y la recreación en familia.

Parágrafo 2°. Los establecimientos de educación preescolar, básica y media dentro del calendario académico impartirán actividades complementarias y/o formativas en los cinco (5) días de receso estudiantil de la semana inmediata anterior al día feriado en el que se conmemora el descubrimiento de América para los estudiantes, previa autorización del padre de familia.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Atentamente,

EFRAIN TORRES MONSALVO
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Consideraciones jurídicas y fácticas

El artículo 2° de nuestra Carta Magna preclara en relación a los fines del Estado lo siguiente: “(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹.

De lo anterior se infiere, que el Constituyente primario dio especial atención al cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Así las cosas, todo el andamiaje normativo debe ir encaminado al cumplimiento de esos deberes. Adicionalmente a ello, la Constitución Política se refiere al derecho a la educación en estos términos “(...) *La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura*”. Es decir que en Colombia la educación tiene una doble condición: Es un derecho y también un servicio público guiados por una función social.

Así mismo, se pronunció la Corte Constitucional en cuanto a la función social del derecho a la educación: *La relevancia de la función social explica que la norma superior le haya asignado a la familia, a la sociedad y al Estado una corresponsabilidad en la materialización de esas aspiraciones y que haya comprometido a este último con tareas concretas que abarcan, desde la regulación y el ejercicio del control y vigilancia del servicio educativo, hasta la garantía de su calidad, de*

¹ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 2°.

su adecuado cubrimiento y la formación moral, física e intelectual de los estudiantes².

En ejercicio de esas tareas de regulación, control y vigilancia fue expedida la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) en la cual, en su artículo 86 estableció la flexibilidad del calendario académico.


Con base en esa ley, el Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario número 1373 de 2007 en el cual se estableció que durante el mes de octubre en los cinco (5) días anteriores al día feriado en el que se conmemora el descubrimiento de América, el Decreto Reglamentario número 1373 de 2007 otorga a todos los establecimientos educativos, oficiales y privados, un receso estudiantil en su calendario académico a todos los estudiantes del país, semana que para las familias que tienen recursos económicos y tiempo, es aprovechada para viajar a los mejores destinos turísticos de Colombia y al exterior.

Sin embargo, la norma no se ocupa de aquellas familias que no tienen la capacidad económica o el tiempo disponible para enviar a sus hijos de viaje o compartir tiempo debido a obligaciones laborales. Por ello, se establece que los establecimientos educativos estén obligados a impartir actividades complementarias y/o formativas en esa semana, y los padres de familia decidirán si autorizan el envío de sus hijos. Estas actividades serán definidas por los establecimientos educativos, las cuales podrán ser: culturales, artísticas, deportivas, recreativas e incluso de recuperación.

De manera superflua, esta semana de receso puede utilizarse en los eventos en los cuales las protestas o paros impliquen la pérdida de clases significativas del calendario académico de las instituciones educativas públicas, tal como sucedió en los meses de marzo y abril de 2015 donde miles de estudiantes en el país perdieron clases. Así, por ejemplo, de facto la Secretaría Municipal de Educación de Medellín ordenó adelantar las clases retrasadas de 210 mil estudiantes de ese municipio en los 5 días de receso de la semana de octubre³.

Finalmente si bien es cierto, que el Decreto número 1373 de 2007 busca el fin loable de promover el turismo y el comercio, la ley debe permitir la opción a los padres de familia que no tienen las condiciones de ejercer esas actividades. Por lo tanto, este proyecto de ley no lesiona el sector de comercio y turismo del país, puesto que a la simple interpretación está dirigido a quienes no ejercen esas actividades.

Atentamente,



EFRAÍN TORRES MONSALVO
Representante a la Cámara

CÁMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARÍA GENERAL

El día 7 de octubre de 2015 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 138 con su

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-143 de 2013.

³ Noticias Caracol, emisión octubre 5 de 2015. <http://www.noticiascaracol.com/medellin/en-medellin-no-hay-semana-de-receso-escolar-para-colegios-publicos>.

correspondiente exposición de motivos. Por el honorable Representante *Efraín Torres Monsalvo*.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 141 DE 2015 CÁMARA

por la cual se dictan medidas relacionadas con los contratos de depósito de dinero.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El funcionamiento del sistema financiero está basado en una economía de mercado en la cual las unidades superavitarias depositan sus excedentes a cambio de seguridad y rentabilidad y unidades deficitarias toman en préstamo esos recursos para financiar actividades productivas o necesidades de consumo. Los establecimientos de crédito hacen la intermediación entre esas unidades, obteniendo una ganancia por la diferencia entre lo que pagan como rendimiento por los depósitos (tasa de captación) y lo que cobran por los préstamos (tasa de colocación), descontados los gastos de la operación.

De acuerdo con los datos existentes en Colombia, según lo reporta la revista *Dinero*, la actividad financiera es enormemente lucrativa, ya que las utilidades de los establecimientos de crédito al cierre de diciembre de 2014 se ubicaron en \$8.83 billones, total del cual los bancos explicaron \$7.93 billones, seguidos por las corporaciones financieras con \$546.540 millones, las compañías de financiamiento con \$315.030 millones y las cooperativas financieras con \$42.100 millones. En este período los establecimientos de crédito presentaron un crecimiento promedio en sus activos de 9.55% en términos reales anuales, explicado en un 78% por la cartera de créditos.

Es importante destacar que con esta dinámica se logró un mayor grado de participación del crédito en la economía nacional. Al término del año, el saldo de los créditos llegó a representar el 44.84% del Producto Interno Bruto (PIB), aumentando en 3.76 puntos porcentuales (pp) con respecto a lo observado al cierre de 2013. Este importante crecimiento de los créditos fue posible gracias al comportamiento de las cuentas de ahorro y las cuentas corrientes que al finalizar el año registraron un saldo por \$137.76 billones y \$49.73 billones, respectivamente.

Con esas cifras no es sostenible que a los ahorradores, que son el sostén del crecimiento de la banca colombiana, pues es gracias a sus depósitos que se explica el crecimiento de las colocaciones, por cuyas tasas se genera la utilidad del sistema financiero, se les cobre por el retiro de sus depósitos, pues solamente la relación asimétrica entre los establecimientos de crédito y los clientes bancarios explica tamaño despropósito, máxime cuando las tasas de captación escasamente mantienen el valor constante del dinero, y en cambio las de colocación ponen en evidencia el alto margen de intermediación, como para que además al ahorrador no solo se lo remunere con avaricia sino que además se lo grabe por hacer uso de su propio dinero.

Precisamente, frente al cobro de comisiones por el retiro de dinero en cajeros automáticos, que es una de las modalidades con las cuales muchos estableci-

mientos de crédito hoy penalizan a sus ahorradores, la Superintendencia Financiera señaló en el concepto No. 2004062721-001 del 26 de enero de 2005 lo siguiente:

“En relación con el cobro de comisiones por el retiro de dinero en cajeros automáticos, cabe señalar que tanto el recibo de consignaciones de dinero como su restitución son obligaciones esenciales del contrato de depósito a cargo de cualquier establecimiento de crédito dado su carácter de depositario y, en consecuencia, es quien debe asumir las cargas y costos necesarios para cumplir tales deberes, no siendo procedente trasladar la carga del cumplimiento de dichas obligaciones al depositante-usuario del servicio bancario, a quien, por el contrario, le corresponde como derecho esencial del contrato de depósito el consignar sumas de dinero como el de disponer de las mismas en los términos convenidos en el respectivo contrato”.

Frente a la injusticia del sistema financiero que aquí se denuncia, el proyecto de ley obliga a que los bancos ofrezcan a sus clientes al menos una forma gratuita para el retiro de sus depósitos, dentro de las cuales forzosamente deben estar las libretas de ahorros y las tarjetas débito, correspondiendo al ahorrador elegir el medio sin costo que utilizará para este propósito. Y para darle más fuerza vinculante a la norma, se dispone que la Superintendencia Financiera vele por el cumplimiento de este deber legal por parte de los establecimientos de crédito y dé prelación al trámite de las quejas que se presenten por su incumplimiento.

Ello significa que solamente le podrán ser cobrados al cliente bancario aquellos servicios adicionales o conexos a la obligación fundamental de restitución primaria de los recursos depositados, de acuerdo con lo pactado entre aquel y el establecimiento de crédito, como podría ser el retiro en un cajero automático o dispensador de dinero de una red diferente a la del banco donde se tiene el depósito, o si el cliente hace uso de un medio diferente para el retiro de sus depósitos de aquel que ha indicado como el de su elección para el retiro sin ningún costo de sus recursos, pero la entidad financiera no puede obligar a su cliente a aceptar los servicios adicionales de retiro que ponga a su disposición.

El Texto es el siguiente:

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 141 DE 2015
CÁMARA**

por la cual se dictan medidas relacionadas con los contratos de depósito de dinero

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Los establecimientos de crédito tendrán el deber de ofrecer a sus clientes, en desarrollo de los contratos de depósito de dinero, al menos una forma operativa eficiente y segura para que el depositante retire sin ningún costo sus recursos, entre ellas, obligatoriamente, una libreta de ahorros o una tarjeta débito, y además cualquier otra que pongan a disposición de aquellos, a elección del cliente bancario.

Parágrafo. La Superintendencia Financiera velará por el cumplimiento de este deber legal por parte de los establecimientos de crédito y dará prelación al trámite de las quejas que se presenten por su incumplimiento.

Artículo 2º. La presente ley rige desde su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los señores Congresistas,



CÁMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARÍA GENERAL

El día 7 de octubre de 2015 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 141 con su correspondiente exposición de motivos. Por los honorables Representantes *Germán Navas, Orlando Clavijo, Juan Carlos Losada, Betty Zorro* y otros honorables Representantes.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

CONTENIDO

Gaceta número 800 - Jueves, 8 de octubre de 2015	
CÁMARA DE REPRESENTANTES	Págs.
PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA	
Proyecto de ley estatutaria número 139 de 2015 Cámara, por medio de la cual se crea el Tribunal Nacional de Garantías Constitucionales para Asuntos Penales y se dictan otras disposiciones	1
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 138 de 2015 Cámara, por medio de la cual se introduce la figura de la experimentación para entidades territoriales, se adiciona la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones	17
Proyecto de ley número 140 de 2015 Cámara, por medio de la cual se adiciona un párrafo nuevo a la Ley 115 de 1994	22
Proyecto de ley número 141 de 2015 Cámara, por la cual se dictan medidas relacionadas con los contratos de depósito de dinero	23