

PROYECTO DE LEY ORDINARIA

Proyecto de ley mediante el cual se regula el régimen de
impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación

PROYECTO DE LEY ORDINARIA

Proyecto de ley mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1. El artículo 58 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

“Si el Fiscal General de la Nación se declara impedido o no acepta la recusación, sin importar el régimen procesal aplicable, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.

En los casos en que prospere el impedimento o la recusación, la Corte Suprema de Justicia oficiará al Presidente de la República para que en el término máximo de diez (10) días conforme una terna en los términos del inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política.

La Corte Suprema de Justicia elegirá en el término máximo de diez (10) días un Fiscal ad-hoc de la terna propuesta por el Presidente de la República, quien se encargará de conocer del proceso en que prosperó el impedimento o la recusación.

Parágrafo. En todos los casos en que el Fiscal General de la Nación acepte la recusación deberá comunicar su decisión a la Corte Suprema de Justicia con el fin de que ésta inicie el

trámite para designar el Fiscal *ad-hoc* que conocerá del proceso”.

Artículo 2. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 58B, el cual quedará así:

“La Fiscalía General de la Nación prestará toda la colaboración logística que requiera el Fiscal *ad-hoc* en las investigaciones que adelante. Además, corresponderá a ésta adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la autonomía e independencia de los funcionarios que sean asignados para la investigación.

Para el efecto, el Fiscal *ad-hoc* presentará una solicitud a la Fiscalía General de la Nación sobre los recursos logísticos, económicos y de personal que requiera para realizar una adecuada investigación. Dicha solicitud será vinculante”.

Artículo 3. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el numeral 4 del artículo 15 del Decreto Ley 016 de 2014.

NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
Fiscal General de la Nación

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley pretende reglamentar el funcionamiento del régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación. A continuación se exponen las razones que motivan esta propuesta normativa.

I. CAMBIO NORMATIVO PROPUESTO

En el siguiente cuadro comparativo se presenta cuál es el cambio normativo propuesto:

NORMA ACTUAL	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN O INCLUSIÓN
<p>Artículo 58.</p> <p>Impedimento del Fiscal General de la Nación. Si el Fiscal General de la Nación se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.</p> <p>Si prosperare el impedimento o la recusación, continuará</p>	<p>Artículo 1. El artículo 58 de la Ley 906 de 2004 quedará así:</p> <p>Si el Fiscal General de la Nación se declara impedido o no acepta la recusación, sin importar el régimen procesal aplicable, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.</p> <p>En los casos en que prospere el impedimento o la recusación, la</p>

<p>conociendo de la actuación el Vicefiscal General de la Nación.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia oficiará al Presidente de la República para que en el término máximo de diez (10) días conforme una terna en los términos del inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia elegirá en el término máximo de diez (10) días un Fiscal ad-hoc de la terna propuesta por el Presidente de la República, quien se encargará de conocer del proceso en que prosperó el impedimento o la recusación.</p> <p>Parágrafo. En todos los casos en que el Fiscal General de la Nación acepte la recusación deberá comunicar su decisión a la Corte Suprema de Justicia con el fin de que ésta inicie el trámite para designar el Fiscal <i>ad-hoc</i> que conocerá del proceso.</p>
<p>Inclusión</p>	<p>Artículo 2. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 58B, el cual quedará así:</p> <p>“La Fiscalía General de la Nación</p>

	<p>prestará toda la colaboración logística que requiera el Fiscal <i>ad-hoc</i> en las investigaciones que adelante. Además, corresponderá a éste adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la autonomía e independencia de los funcionarios que sean asignados para la investigación.</p> <p>Para el efecto, el Fiscal <i>ad-hoc</i> presentará una solicitud a la Fiscalía General de la Nación sobre los recursos logísticos, económicos y de personal que requiera para realizar una adecuada investigación. Dicha solicitud será vinculante”.</p>
Inclusión	<p>Artículo 3. Deróguese todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el numeral 4 del artículo 15 del Decreto Ley 016 de 2014.</p>

II. FUNDAMENTOS DEL CAMBIO NORMATIVO PROPUESTO

A. Los principios de independencia e imparcialidad judicial

Uno de los pilares fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho es la justicia. Ésta es una garantía que se materializa, entre otras formas, a través de las decisiones que adoptan los jueces o los funcionarios encargados de administrarla. Estas decisiones deben tener como atributo esencial la independencia y la imparcialidad de quienes las toman con el fin de garantizar el derecho fundamental al debido proceso, base importante de nuestra Constitución¹.

En efecto, y como lo establece el artículo 29 de la Carta Política, la garantía del debido proceso es transversal e inherente a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. De esta manera, el debido proceso permite que los ciudadanos cuenten con la garantía de que sus derechos son respetados y que las decisiones adoptadas en torno a dichas actuaciones, serán imparciales. En materia doctrinaria se ha señalado que la independencia judicial, como postura que debe asumir el juez, involucra tres principios²:

¹ Ver, entre otras, las Sentencias C-600 de 2011, M.P.: María Victoria Calle; C-881 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas y C-154 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio.

² “La independencia judicial (lato sensu) es la actitud que debe asumir el juzgador para ejercer la función jurisdiccional desde la perspectiva del Derecho de la cual se desprenden tres principios: a) Independencia judicial (stricto sensu): se refiere a la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social. b) Imparcialidad: se refiere a la actitud del juzgador frente a influencias ajenas al Derecho provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. c) Objetividad: frente a influencias extrañas al Derecho

- *Independencia judicial en estricto sentido.* Postura del juez frente a influencias del sistema social ajenas a derecho
- *Imparcialidad.* Postura del juez frente a influencias de las partes.
- *Objetividad u objeción.* Postura del juez frente a influencias ajenas a derecho, provenientes del propio juzgador.

En este sentido, el trabajo de un juez imparcial e independiente exige que sus actuaciones tengan “fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”³.

B. Los principios de independencia e imparcialidad judicial en el derecho internacional

Son múltiples los instrumentos internacionales, incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, que destacan la imparcialidad como un componente esencial del derecho humano al debido proceso. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en el artículo 8 sobre garantías judiciales que:

provenientes del propio juzgador”. MARTÍNEZ, Moya Juan. La independencia judicial: marco conceptual de referencia en el contexto de américa latina en INDEPENDENCIA JUDICIAL Y JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO. FIIAPP, Página 9.

³ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo.

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)”⁴ (Subrayado fuera de texto).

El principio de imparcialidad e independencia también se encuentra previsto en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual prevé:

“10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un

⁴ Art. 8 Pacto de San José. Convención Americana de Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 26 contempla que:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas” (Subrayado fuera de texto).

Sumado a lo expuesto, en el plano internacional los principios de independencia y autonomía judicial también han sido reconocidos en diferentes instrumentos internacionales de *soft law*, que si bien no tienen efectos vinculantes, son herramientas jurídicas importantes que desarrollan una interpretación autorizada de las obligaciones convencionales de los Estados. Así, por ejemplo, los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura disponen que

“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas

o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁵.

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos -quien se encarga de vigilar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos- han manifestado la importancia de que los operadores judiciales dicten decisiones imparciales con el fin de garantizar los derechos de las personas que acceden a la justicia. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que,

“El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial”⁶. De igual forma estableció que “la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”⁷. Finalmente consideró que

⁵ Principio 2. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. párr. 171.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párr. 146.

“El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”⁸.

Por su parte, en el caso *Karttunen* el Comité de Derechos Humanos señaló que “La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La “imparcialidad” del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que se promuevan los intereses de una de las partes”⁹. Y que “Normalmente un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado (no puede considerarse) un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14”¹⁰.

En esa oportunidad el Comité aplicó dicha presunción y declaró el proceso violatorio del artículo 14.1, porque el proceso de apelación también comporta violaciones al debido proceso y, por tanto, no podía corregir el problema en primera instancia¹¹.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párr. 147.

⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Karttunen Vs. Finlandia*, Comunicación No. 387/1989, párr. 7.2.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.* Párr. 7.3.

C. Los principios de independencia e imparcialidad judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Según se desprende el artículo 230 de la Constitución, la imparcialidad e independencia son características esenciales de la función pública de administrar justicia¹² y hacen parte de las garantías del debido proceso¹³. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que:

“(...) La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (...) (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (...)”¹⁴.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-323 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ Entre otras ver: Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 2011.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.

De la misma manera, la Corte ha destacado que la independencia e imparcialidad judicial son atributos que se relacionan directamente con el debido proceso, cuya protección y garantía se da a través de las recusaciones y los impedimentos como mecanismos judiciales, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Corte ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial forman parte del debido proceso, y por ende, el régimen de impedimentos y recusaciones tiene fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, en cuanto proveen a la salvaguarda de tal garantía. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, deben ser valoradas desde la óptica de los demás órganos del poder público -incluyendo la propia administración de justicia-, de los grupos privados y, fundamentalmente, de quienes integran la litis, pues sólo así se logra garantizar que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública (C.P. art. 209)”¹⁵.

¹⁵ “La jurisprudencia de esta Corporación ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano” Corte Constitucional. Sentencia C- 600 de 2011.

En el mismo sentido, destacó que las enunciadas garantías son un derecho subjetivo de los ciudadanos dado que, forman parte del derecho al debido proceso¹⁶.

En lo que respecta a la imparcialidad, el Alto Tribunal reconoció que ésta tiene una doble naturaleza. Por un lado, se trata de las características esenciales de la función de administrar justicia¹⁷, y por otro lado es un derecho subjetivo que integra el conjunto de garantías del derecho al debido proceso¹⁸. Además precisó:

“La imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad”¹⁹. (Subrayado fuera del texto)

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 881 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-323 de 2006.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2011.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-036 de 1996.

En suma, la Corte a través de su jurisprudencia constante ha expresado que los principios de imparcialidad e independencia hacen parte del derecho fundamental al debido proceso y que los impedimentos y las recusaciones son el instrumento jurídico para garantizarlos.

III. LOS IMPEDIMENTOS Y LAS RECUSACIONES COMO MEDIO PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

Para que las garantías de imparcialidad e independencia judicial sean realmente efectivas, los distintos ordenamientos jurídicos y jurisdicciones consagraron las figuras de los impedimentos y las recusaciones. Como ya se dijo, a través de estos instrumentos procesales se conserva la imparcialidad y transparencia del funcionario judicial encargado de administrar justicia.

En materia penal, el régimen de impedimentos y las recusaciones está consagrado en el Capítulo VII de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, el artículo 56²⁰ determina los eventos en los que el

²⁰ “Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.
2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.

funcionario judicial debe ser separado del conocimiento de un caso con ocasión de un posible conflicto de intereses que puedan nublar la imparcialidad de sus decisiones. Esta disposición es aplicable a los fiscales de conocimiento en virtud del artículo 63 de dicho cuerpo normativo, que establece:

-
4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.
 5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.
 6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.
 7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.
 8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.
 9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.
 10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
 11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.
 12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.
 13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
 14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
 15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso”. Art. 56 Ley 906 de 2004.

“Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.”²¹
(Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, que los eventos en los cuales se encuentra afectada la imparcialidad de los funcionarios judiciales se encuentren consagrados por la ley, es un medio para garantizar la objetividad e imparcialidad. De lo contrario, cada funcionario judicial podría determinar a su arbitrio en qué casos puede actuar y en cuáles no, supuesto de hecho que iría en detrimento del derecho de acceso a la justicia. Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló:

“[E]l impedimento, en tanto constituye un mecanismo para garantizar la imparcialidad de quienes administran justicia, no puede estar sujeto al capricho de los funcionarios judiciales, sino que se encuentra ligado de manera inevitable a la taxatividad de sus causales, lo que significa que nadie puede acudir a la analogía ni a la extensión de los motivos

²¹ Art. 63 Ley 906 de 2004.

expresamente señalados por la ley en aras de sustentar su procedencia”²².

Estas causales de impedimento son aplicables al Fiscal General de la Nación en virtud de los artículos 58 y 63 del Código de Procedimiento Penal.

Trámite de impedimentos y recusaciones del fiscal general de la nación

Tal como se indicó con anterioridad, las causales consagradas en el artículo 56 de la ley 906 de 2004 son plenamente aplicables a los fiscales de conocimiento, incluido el Fiscal General de la Nación. Para este último por la especialidad de sus funciones, se dispone un trámite específico en materia de impedimentos y recusaciones, según el cual:

“Si el Fiscal General de la Nación se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.

Si prosperare el impedimento o la recusación, continuará conociendo de la actuación el Vicefiscal General de la Nación”²³. (Subrayado fuera del texto)

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad 41103 impedimento. Aprobado Acta No. 297. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero. 10 de septiembre de 2013.

²³ Art. 58 Ley 906 de 2004.

Con fundamento en este artículo, la Corte Suprema de Justicia es quien debe pronunciarse sobre los impedimentos que manifieste el Fiscal General y las recusaciones que le sean formuladas que éste no acepte. Esta función de la Corte se justifica porque el Fiscal General no tiene un superior jerárquico que conozca de estos asuntos, y dicha Corporación es quien nombra al Fiscal General²⁴.

En caso de que la Corte Suprema acepte el impedimento del Fiscal o la recusación de quien la formule, el conocimiento del caso es asignado por ley al Vicefiscal General de la Nación, en los términos del inciso segundo de este artículo.

Se concluye de lo expuesto entonces, que las causales de impedimentos son plenamente aplicables al Fiscal General de la Nación en los términos del trámite previsto por la ley para el efecto.

IV. EN ARAS DE OFRECER UNA AMPLIA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN LAS DECISIONES DE LA ENTIDAD, LOS PROCESOS EN QUE EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN SE DEBA APARTAR NO DEBEN SER COMPETENCIA DEL VICEFISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

²⁴ “En el caso del Fiscal General de la Nación su nominador, esto es, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 249 de la Constitución) resuelve los impedimentos y en consecuencia, conforme lo señala el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. Obsérvese cómo el Legislador aplicó la regla general y no consagró una excepción, por ejemplo en el sentido de que resolviera la Sala Penal de dicha Corporación”. Corte Constitucional. Auto 124 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

La competencia legal del Vicefiscal para conocer de los casos en los que el Fiscal General se aparta del conocimiento de un proceso en virtud de impedimentos o recusaciones, debe ser modificada en aras de aumentar cada vez más las garantías de independencia e imparcialidad. Según lo expuesto en el apartado anterior, dicha competencia se encuentra en las normas que regulan el procedimiento penal²⁵ y la norma que define la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación²⁶.

Para sustentar el punto se hará referencia a (A) la pertinencia de adoptar medidas para garantizar los principios de independencia e imparcialidad en estos procesos penales y (B) el derecho fundamental al juez natural.

A. Pertinencia de adoptar medidas para garantizar los principios de independencia e imparcialidad en estos procesos penales

Las investigaciones que adelanta el Fiscal General de la Nación, por competencia constitucional, tienen características especiales en virtud de las particularidades de los sujetos investigados. La intención de esta asignación es brindar las mejores garantías procesales tanto a los sujetos investigados como a la sociedad. De manera tal que, cuando se adelanten los respectivos procesos

²⁵ Art. 58 Ley 906 de 2004 y Art. 116 Ley 600 de 2000.

²⁶ Núm. 4 Art. 15 Dto Ley 016 de 2014.

penales, estos no se conviertan en una herramienta de persecución para los investigados.

Lo anterior significa que todas las disposiciones legales sobre este tipo de procesos, deben ofrecer los más altos niveles de objetividad, imparcialidad y transparencia. Es por ello que la normatividad penal establece la posibilidad de que el Fiscal General se declare impedido o sea recusado para conocer de aquellos procesos en los que su criterio objetivo se encuentre afectado por la configuración de alguna de las causales dispuestas por el mismo cuerpo normativo²⁷.

Ahora bien, como el propósito de la competencia constitucional del Fiscal es que se den las mayores garantías posibles, aun cuando éste se aparta del conocimiento de un caso, dichas garantías se deben mantener.

La asignación de la competencia para conocer de estos casos en cabeza del Vicefiscal después de que se dé lugar al impedimento o a la recusación, no vulnera *per-se* la imparcialidad de las decisiones que se adopten. Sin embargo, es imperativo avanzar en las garantías de establecer un funcionario distinto para investigar y acusar un determinado caso, que no tenga una relación jerárquica y sin que exista poder de nominación o remoción del Fiscal General de la Nación.

²⁷ Art. 56 Ley 906 de 2004.

Por esta vía, se maximiza la eficacia de los principios de transparencia e imparcialidad. Con el propósito de demostrar lo anterior, en este apartado se hará referencia a: (1) la necesidad de garantizar que las decisiones de la FGN se tomen de manera independiente e imparcial. Luego, (2) se hará alusión a la relación de jurídica entre el Vicefiscal y el Fiscal General, que puede afectar la independencia e imparcialidad del funcionario que asume la competencia después del impedimento o la recusación. Para finalmente concluir que (3) con el fin de ofrecer las mejores garantías procesales a estos casos, las disposiciones que asignan la competencia al Vicefiscal para conocer de los casos en los que se declara impedido el Fiscal General deben ser modificadas en el sentido de nombrar una persona en las mismas condiciones del funcionario impedido.

B. Las decisiones de la Fiscalía General de la Nación deben estar cobijadas por la imparcialidad e independencia judicial

La Fiscalía General de la Nación pertenece a la rama judicial del poder público y es una de las Entidades encargadas de administrar justicia en los términos del artículo 116 de la Constitución Política²⁸. Esto implica que sus decisiones deben estar cobijadas por

²⁸ “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.” Art. 116 C.N.

el principio de independencia judicial, de manera tal que se garantice la imparcialidad en las decisiones que adopte²⁹.

Con fundamento en los principios constitucionales enunciados, el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal (CPP) dispuso que las actuaciones de la Entidad se deben ajustar a criterios objetivos y transparentes que se adecuen a la aplicación correcta del ordenamiento jurídico³⁰. Además, consagró la aplicabilidad del régimen de impedimentos y recusaciones a la Fiscalía General de la Nación³¹.

De lo expuesto se extrae que el principio de imparcialidad debe ser observado en las determinaciones que adopte el Ente Acusador, motivo por el cual es imperioso establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios para que sea garantizado de manera efectiva y eficiente.

²⁹ “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” Art. 228 C.N.

³⁰ “La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.” Art 115 L 906 de 2004

³¹ “Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo. (...)” (Subrayado fuera del texto). Art. 63 CPP.

“Si el Fiscal General de la Nación se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva de plano.” Art. 58 CPP.

En este punto es pertinente aclarar que aunque la Entidad deba garantizar la imparcialidad, esta obligación no es igual de estricta a su aplicación por parte de los jueces de la República, en atención al rol que cumple la Fiscalía General de la Nación en el esquema procesal de la ley 906 de 2004. Así lo dispuso la Corte Constitucional:

“No ocurre lo mismo con el fiscal [...]. No obstante que se trata de un servidor público perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público (Art. 116 C.P.), su actuación, de manera general, no es típicamente jurisdiccional puesto que dentro del modelo penal acusatorio diseñado por el A.L. 03 de 2002, su posición institucional es la de titular de la acción penal y parte acusadora dentro del esquema adversarial. Partiendo de esta concepción, su actuación en el proceso no está precedida de las mismas exigencias de neutralidad, imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez (...).

El hecho de que algunas de las causales previstas en el artículo 56 del C.P.P. hagan explícita referencia al fiscal, y que el artículo 63 ib. establezca un dispositivo amplificador de las causales de impedimento a otros servidores públicos, incluido el fiscal, no autoriza automáticamente a entender que todas las causales en que se haga referencia al juez, deben incluir también al fiscal. Debe tenerse en cuenta, como ya se indicó, la naturaleza de la actuación y el papel institucional que ocupa el órgano en el marco de esa actuación. No se

puede asimilar el acto de parte de formular una solicitud de preclusión, con el acto de juez de resolver negativamente esa petición. (...)

De otro lado, no puede perderse de vista que si bien no es exigible al fiscal el riguroso grado de imparcialidad que se impone al juez, debido a las diversas posturas institucionales que estos dos órganos asumen dentro del sistema penal acusatorio -juez y acusador-, la actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie de principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección. De acuerdo al primero, *“Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”* (Art.12 C.P.P.) En virtud del segundo, *“La Fiscalía General de la Nación (...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley”* (Art.115 C.P.P.). Conforme al tercero, *“En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”* (Art. 27 C.P.P.)³² (Subrayado fuera del texto).

³² Corte Constitucional. Sentencia C- 881 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Cosa distinta ocurre cuando se trata de los casos cuyo régimen procesal es la Ley 600 de 2000, pues en éste la Fiscalía General de la Nación adopta decisiones de carácter jurisdiccional. Por ello, en estos casos las garantías de independencia e imparcialidad cobran mayor relevancia. En los términos del Tribunal Constitucional:

“De allí se deduce que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución, los fiscales, en tanto ejercen funciones judiciales y a su cargo se encuentra la instrucción de procesos penales en un sistema con las características del creado en 1991, son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y la igualdad; en consecuencia, ni siquiera el Fiscal General puede intervenir en el desarrollo específico de las investigaciones asignadas a cada fiscal, puesto que ello equivaldría a inmiscuirse indebidamente en un ámbito constitucionalmente resguardado de autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como consecuencia, el ejercicio de atribuciones tales como las que tiene el Fiscal General de reasignar procesos o asumir directamente el conocimiento de una investigación desplazando al fiscal competente, debe permitirse únicamente en hipótesis excepcionales, en las cuales se presenten circunstancias de peso que así lo justifiquen – las cuales deben quedar claramente plasmadas en la decisión correspondiente, para permitir el derecho de defensa de los afectados”³³.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C- 873 de 2003. M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

En conclusión, la Fiscalía General de la Nación está obligada a garantizar que sus decisiones atiendan a criterios objetivos trazados por el ordenamiento jurídico, de manera tal que sus decisiones observen el principio de imparcialidad. En caso de que se advierta posible vulneración de este principio constitucional, el funcionario de la Entidad deberá declararse impedido so pena de recusación. No obstante lo anterior, la aplicación estricta o no de este principio constitucional dependerá del régimen procesal aplicable al caso concreto.

C. Aumento de las garantías de imparcialidad e independencia en casos de impedimento o la recusación

Cuando el Fiscal General de la Nación se declara impedido o es recusado para participar en un proceso penal respecto del cual se encuentra configurada alguna de las causales consagradas por la ley, éste debe ser apartado del mismo. Esta consecuencia jurídica no es un asunto meramente formal, se trata de un asunto de fondo que incide en las garantías y derechos fundamentales de los intervinientes del proceso.

Actualmente existe una relación jurídica de este funcionario con el Fiscal General, porque esencialmente el Fiscal General es quien elige y nombra a su Vicefiscal y adicionalmente, por su carácter de libre nombramiento y remoción, puede apartarlo del cargo. Por

tanto, la consecuencia jurídica de que sea el Vicefiscal quien asuma la competencia del caso en estos supuestos produce incertidumbre sobre la imparcialidad de quien conoce el caso.

Estas dudas se generan porque el Ente Acusador está organizado con una estructura jerárquica, en virtud de la cual el Fiscal General es el superior jerárquico administrativo y funcional del Vicefiscal. Además, la Constitución Política establece que tienen una relación funcional para las investigaciones que se hagan a los altos servidores que tengan fuero constitucional³⁴.

Aunado a lo anterior, el artículo 15 del Decreto Ley 016 de 2014 regula las funciones del Vicefiscal General de la Nación. La mayor parte de estas obligaciones, administrativas y misionales, se desarrollan bajo la coordinación o dirección del Fiscal General pues ejecutan sus determinaciones³⁵ o requieren de su delegación³⁶. A manera de ejemplo el numeral 3 de la citada norma establece como función “*Actuar como Fiscal Delegado en aquellos procesos o actuaciones judiciales que le asigne el Fiscal General de la Nación*”³⁷.

Lo anterior significa que la relación entre los dos funcionarios es de subordinación. Si bien este tipo de relaciones no afectan *per-se* la independencia e imparcialidad del funcionario subordinado, resulta

³⁴ “investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución” Núm. 1 Art. 251 C.N.

³⁵ Núm. 1, 6, 9, 11, 13, 14 y 19 Art. 15 Dto. Ley 016 de 2014.

³⁶ Núm. 2, 3, 12, 20, 22 y 25 Art. 15 Dto. Ley 016 de 2014.

³⁷ Núm. 3 Art. 15 Dto. Ley 016 de 2014.

más garantista diseñar un sistema en el que esta dependencia no exista. Con el propósito de eliminar las posibilidades y la inseguridad que se genera en el procesado sobre la verdadera imparcialidad e independencia, es pertinente asignar la competencia en estos casos a un funcionario con similares aptitudes del Fiscal General y que no se encuentre inmerso en ninguna causal de impedimento.

D. Parte de ofrecer las mejores garantías procesales a estos casos, involucra la asignación de competencia a un sujeto en igualdad de condiciones al Fiscal General de la Nación y que no se encuentre inmerso en ninguna causal de impedimento

En decisión de 2012 sobre impedimento, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Si bien es cierto que existe subordinación [por parte del Fiscal General]- en virtud de las facultades de dirección y coordinación que les son propias-, sobre los servidores de la misma ello no implica *per se*, que estos últimos actúen fuera de los causes normativos, toda vez que opera la presunción de rectitud y buena fe” que además se encuentran ligados a los

principios de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales”³⁸. (Subrayado fuera del texto).

Dicha Corporación expone como sustento de esa determinación, que es una postura avalada por la Corte Constitucional y cita en extenso:

“De allí se deduce que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución, los fiscales, en tanto ejercen funciones judiciales y a su cargo se encuentra la instrucción de procesos penales en un sistema con las características del creado en 1991, son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, y deben cumplir con el mandato de imparcialidad para preservar los derechos del investigado al debido proceso y la igualdad; en consecuencia, ni siquiera el Fiscal General puede intervenir en el desarrollo específico de las investigaciones asignadas a cada fiscal, puesto que ello equivaldría a inmiscuirse indebidamente en un ámbito constitucionalmente resguardado de autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional. Como consecuencia, el ejercicio de atribuciones tales como las que tiene el Fiscal General de reasignar procesos o asumir directamente el conocimiento de una investigación desplazando al fiscal competente, debe permitirse únicamente en hipótesis excepcionales, en las cuales se presenten circunstancias de peso que así lo justifiquen – las cuales deben quedar claramente plasmadas en la decisión

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Exp N 11-001-02-30-000-2012-00072-00. Mayo de 2012

correspondiente, para permitir el derecho de defensa de los afectados. (...)

Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse en general, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales.³⁹ (Subrayado fuera del texto)

No obstante lo anterior, en el sistema penal acusatorio, el principio de unidad y jerarquía tiene una importancia sustancial, que está incluso consagrada en la Constitución. Esto significa que el Fiscal General adquiere facultades más amplias para guiar de forma general la política criminal de la entidad, tanto así que puede asumir de manera preferente su conocimiento cuando así lo considere.

V. LA ASIGNACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CASOS EN QUE EL FISCAL SE HAYA DECLARADO IMPEDIDO A UNA

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C -873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

PERSONA QUE CUMPLA CON SUS MISMAS CARACTERÍSTICAS MATERIALIZA EL DERECHO DEL JUEZ NATURAL

Esta propuesta pretende otorgar mayores garantías de imparcialidad al momento de que se configure un impedimento o una recusación contra el Fiscal General de la Nación. Esta iniciativa no afecta el principio de juez natural. Por ello en el presente apartado se hará (1) una breve exposición sobre el juez natural como garantía del debido proceso, para luego exponer los motivos por los cuales (2) asignar la competencia a una persona que sea elegida en las mismas condiciones del Fiscal General de la Nación materializa el derecho fundamental al juez natural.

A. La garantía fundamental del juez natural como parte del debido proceso

El juez natural es una garantía que hace parte del derecho fundamental al debido proceso⁴⁰ reconocido por la Constitución Política⁴¹ el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC)⁴² y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³.

La Corte Constitucional ha reconocido la inescindible relación entre esta garantía con el derecho fundamental al debido proceso.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴¹ Art. 29 C.N.

⁴² “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” Art. 14.1 PIDC

⁴³ Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además determinó que para definir la competencia de un funcionario sobre un asunto, se debe atender a la especialidad y establecerla de manera previa en la ley, así:

“[El juez natural] es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, el cual debe ser funcionalmente independiente, imparcial y estar sometido solamente al imperio de la ley (Arts. 228 y 230 C. Pol.).

En este sentido, el juez natural es aquél a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición, cuya determinación está regida por dos principios: la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos (...)

La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no basta para definir este concepto, pues el derecho en cuestión exige adicionalmente que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. (...)

Por otro lado, la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la

comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado”⁴⁴

B. Asignar la competencia a una persona que sea elegida en las mismas condiciones del Fiscal General de la Nación hace efectivo el derecho al juez natural

Designar un Fiscal *ad-hoc* para que conozca de los procesos en los que el Fiscal General se declare impedido o sea recusado, permite que la persona que continúe con el proceso de investigación sea escogida de conformidad con el criterio de especialidad –propio del juez natural- y tenga las mismas características de quien en principio es competente. Por ello en este acápite se hará referencia a los motivos por los cuales este nuevo procedimiento ofrece actuaciones más imparciales por parte de la Entidad.

1. El derecho fundamental del juez natural se garantiza de manera especial con el procedimiento propuesto

⁴⁴ Corte Constitucional. C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La Corte Constitucional determinó que las garantías propias del derecho al acceso de la justicia son aplicables a las determinaciones de la Fiscalía respecto de las funciones jurisdiccionales, así:

“En efecto, según establece el artículo 116 de la Carta Política, la Fiscalía se cuenta entre las entidades que administran justicia; ya ha establecido esta Corporación que entre las funciones que cumple esta entidad <<*existen algunas que son eminentemente jurisdiccionales, tales como la expedición de medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación, la caución, para asegurar su comparecencia en el proceso; la facultad para resolver la situación jurídica del indagado, la potestad para calificar el mérito del sumario; la atribución de dictar resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible, etc., de manera que cuando los fiscales ejercen estas actividades cumplen una función jurisdiccional, y por tanto, actúan como verdaderos jueces. Siendo así, son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley*>> (subraya la Corte). En este mismo sentido, el artículo 26 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia dispone que a la Fiscalía, en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales previstas en la ley, le son aplicables “*los principios de la administración de justicia de que trata la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes*

*ratificados por Colombia, esta Ley Estatutaria y las demás normas con fuerza de ley” (...)*⁴⁵.

El derecho fundamental al juez natural hace parte de este derecho al acceso a la justicia y al debido proceso y según la jurisprudencia es predicable de las actuaciones de la Entidad en materia jurisdiccional. Parte de este derecho constitucional es el criterio de la especialidad para determinar la competencia y el derecho a que no se nombren jueces *ad-hoc* para conocer de casos concretos. Esta propuesta normativa (i) desarrolla la especialidad y (ii) no vulnera la garantía judicial de no ser juzgado por tribunales *ad-hoc*.

2. La propuesta normativa atiende al criterio orientador de especialidad para definir el juez natural

La Fiscalía General de la Nación es el órgano encargado de ejercer la acción penal, y en esta medida adopta determinaciones importantes en materia de acceso a la justicia. Por su relación directa con este derecho fundamental es pertinente que sus decisiones sean adoptadas en el marco de las más amplias garantías posibles.

La aplicación del criterio de especialidad -propio de la garantía de juez natural- para determinar la competencia para conocer de los casos en que el Fiscal General se declare impedido o sea recusado, aporta un escenario garantista para los sujetos objeto de

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 873 de 2003. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

investigación pues coadyuva con la imparcialidad e independencia para resolver.

Como ya se dijo, parte del derecho fundamental al juez natural implica que la asignación de competencias responda a la naturaleza del funcionario, con fundamento en el principio de razón suficiente⁴⁶. Es decir, que sus características sean adecuadas para resolver los casos que se ponen a su consideración.

Para que se brinden las mejores garantías cuando el Fiscal General deba apartarse del conocimiento de un caso de su conocimiento, debe ser reemplazado por un funcionario que tenga sus mismas características, de manera tal que se atienda a la especialidad pretendida por el constituyente para estos casos.

Por todo lo anterior, se concluye que la propuesta contenida en el presente proyecto amplifica la garantía de transparencia, en aplicación de criterios que pertenecen al derecho fundamental de juez natural y de imparcialidad e independencia judicial.

3. La figura del fiscal *ad hoc* no representa una afectación de la garantía del derecho al juez natural

Como ya se puso de presente, la garantía del juez natural se encuentra consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

⁴⁶ Corte Constitucional. C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (destacado fuera de texto original).

En su sentido literal, la Convención exige que la institución encargada de juzgar al procesado esté preestablecida por la ley. Ello indica que el principio de juez natural se satisface siempre y cuando la persona sub júdice pueda prever de antemano quién será su juzgador.

Este proyecto no interfiere de forma alguna con dicha garantía toda vez que se mantiene inalterada la institución encargada de investigar y acusar a los funcionarios aforados. La figura de los fiscales *ad hoc* no supone la creación de un cuerpo nuevo con facultades acusatorias que se institucionaliza con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. Por el contrario, lo único que viene a hacer es remplazar la competencia, para el caso especial frente al cual el fiscal titular se encuentra impedido.

Cosa distinta sería si en este proyecto se estableciera una nueva institución encargada de ejercer la acción penal frente a hechos ya consumados. Esta hipótesis si sería incompatible con la Convención Americana, y la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana en casos como *Ivcher Bronstein vs. Perú*.

Muy por el contrario, la fórmula propuesta se corresponde de una mejor forma con lo que ha dicho la Corte sobre la garantía del juez natural. Según esa alta corporación, este derecho se vulnera cuando i) se alteran las reglas generales de competencia de la Fiscalía; ii) se crean jueces externos a cualquier estructura jurisdiccional; iii) se crean jueces para conocer de algún asunto *ad hoc*⁴⁷.

En este caso, no se configura ninguno de esos supuestos por cuanto las asignaciones competenciales hechas a la Fiscalía por el artículo 250 no se modifican en modo alguno. Esto en la medida que el proyecto se limita a fijar un procedimiento para resolver internamente una situación de impedimento. De igual forma, no supone la creación de una entidad externa sino que se sigue actuando en el marco de la previamente instituida y conforme con las cláusulas de competencia preestablecidas.

De lo que se trata, en síntesis, es de resolver de un modo más razonable y transparente los impedimentos en que pudiese estar incurso el Fiscal General de la Nación. De allí que la presunta vulneración del principio de juez natural carezca de sustento.

4. Nombrar un Fiscal con las mismas características del Fiscal General de la Nación amplifica la imparcialidad de las decisiones en estos procesos

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002

La gran virtud de esta iniciativa es que logra un mayor nivel de satisfacción del principio de imparcialidad, sin menoscabar el principio del juez natural. Por el contrario, ambos principios alcanzan un grado de satisfacción superior respecto del modelo a cambiar.

Esto dado que el nombramiento de un fiscal *ad hoc* resuelve todos los problemas de independencia y objetividad que supone la inferioridad jerárquica frente al impedido, porque se trata de una persona ajena a los intereses y dinámicas administrativas de la Entidad. Además, mantiene incólume la garantía del juez natural, en tanto que se trata de una persona que viene a reemplazar a la impedida, pero que actúa a través de la institución investida por la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y en ejercicio de las facultades previamente reconocidas a ésta.

VI. NO SE REQUIERE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

El régimen de impedimentos y recusaciones como vehículos para garantizar los principios de independencia, imparcialidad y autonomía judicial y el derecho fundamental al debido proceso, se encuentra consagrado en la ley y no en la Constitución.

Ahora bien, la propuesta de reforma pretende que se hagan efectivos varios principios de índole constitucional, pero estos están consagrados como mandatos de optimización, que fueron desarrollados en cada una de las jurisdicciones a través del régimen

de impedimentos y recusaciones. Es por ello que en la Constitución no existe disposición alguna que deba ser modificada para consagrar instrumentos jurídicos que hagan efectiva la objetividad en las decisiones.

VII. LA FACULTAD CONSTITUCIONAL DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN PARA PRESENTAR LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA

El presente artículo evidentemente tiene una conexión concreta con la política criminal del Estado, porque busca asegurar cada vez más las garantías de imparcialidad e independencia en las actuaciones penales.

De conformidad con lo anterior, la Constitución Política de 1991 consagró, en su artículo 251⁴⁸, la facultad explícita que tiene el Fiscal General de la Nación para presentar, iniciativas legislativas que tengan algún tipo de impacto en la definición de la política criminal. Concretamente, esa disposición superior preceptúa lo siguiente:

“Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

(...)

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia

⁴⁸ Este artículo fue modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 003 de 2002.

criminal y **presentar proyectos de ley al respecto**⁴⁹
(negrilla fuera del texto).

Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido que la iniciativa legislativa que la Constitución Política radicó en cabeza del Fiscal General de la Nación además de ser amplia⁵⁰, se justifica plenamente en la posición jerárquica que ese funcionario ocupa dentro de la Entidad que lidera⁵¹ y que, indudablemente, “le otorga una perspectiva única y cualificada que resulta valiosa para el diseño de la política [criminal] estatal”⁵².

De conformidad con lo anterior, el presente proyecto de ley constituye una propuesta normativa que está relacionada con la estructuración y la ejecución de la política criminal del Estado y que por lo tanto, se instituye en una manifestación de la iniciativa legislativa que constitucionalmente ha sido asignada al Fiscal General de la Nación.

⁴⁹ Numeral 4 del artículo 251 de la Constitución Política de 1991.

⁵⁰ Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó que “la iniciativa legislativa del Fiscal es más amplia que la del Defensor del Pueblo (art. 282 num. 6) y el Procurador General de la Nación (art. 278 num. 3) cuyo ámbito de iniciativa legislativa está referido a las ‘materias relativas a su competencia’ (...)”. Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵¹ De conformidad con el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación tiene la función de “determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, de acuerdo a los principio de unidad de gestión y jerarquía.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Las reformas de la Fiscalía General de la Nación tienen impacto en la estructuración y ejecución de la política criminal del Estado

La política criminal es la política pública que está compuesta por las medidas que el Estado implementa con la finalidad de contrarrestar la ocurrencia del fenómeno delincuencia. La Corte Constitucional la ha definido como:

“[E]l conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción⁵³ (...)”⁵⁴.

Además, aunque se trata de una política que implica la estructuración y ejecución de medidas más amplias que las previstas por el derecho penal⁵⁵, en todo caso, “el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas”⁵⁶. Por esa razón, la configuración e implementación de esas medidas están íntimamente

⁵³ [cita incluida en el texto] C-646 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Igualmente ver: Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001.

⁵⁵ *Cfr.* Comisión Asesora de Política Criminal, Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (Bogotá: Minjusticia, APC y UE, 2012), p. 17. Igualmente, la Corte Constitucional ha manifestado que la política criminal “busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros” (se omiten pies de página). Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁶ Comisión Asesora de Política Criminal, Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (Bogotá: Minjusticia, APC y UE, 2012), p. 17.

relacionadas con las distintas fases de criminalización –primaria, secundaria y terciaria–⁵⁷.

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación cumple, por mandato constitucional, un papel fundamental en la estructuración y adelantamiento de la política criminal del Estado. La participación de esa Entidad en ese sentido está fundamentada en la función que la ha sido designada de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política, conforme al cual dentro de sus funciones primordiales están las siguientes:

“[E]l ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”⁵⁸ (negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, la Fiscalía General de la Nación tiene a su cargo la investigación y el ejercicio de la acción penal con la finalidad de que se pueda adelantar la atribución concreta de responsabilidad penal a uno o varios individuos. Eso equivale a afirmar que una gran parte de la ejecución de la fase de

⁵⁷ *Cfr.* Comisión Asesora de Política Criminal, Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (Bogotá: Minjusticia, APC y UE, 2012), p. 17.

⁵⁸ Primer inciso del artículo 250, Constitución Política de 1991.

criminalización secundaria y de su formulación⁵⁹, está en cabeza de la Entidad. Lo anterior, si se tiene en cuenta que del adelantamiento de sus labores depende “la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley”⁶⁰.

En ese sentido, es razonable concluir que la estructuración de la Fiscalía General de la Nación, su organización interna, las estrategias de acuerdo a las cuales se adelantan las funciones de los servidores públicos vinculados a ella y en general, toda la gestión adelantada al interior de la Entidad tienen impactos permanentes en la manera en la que se concreta la política criminal del Estado, particularmente en la fase de criminalización secundaria. Ello, a su vez, justifica que el numeral 4 del artículo 251 superior establezca como una de las funciones del Fiscal General de la Nación, la de “[p]articipar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”⁶¹.

De la misma manera, las modificaciones a la estructura de la Fiscalía y a cualquier normatividad que rija su funcionamiento resultan íntimamente relacionadas con la implementación y formulación de esta política pública. Lo anterior, si se tiene en cuenta que esas reformas probablemente representarán cambios en

⁵⁹ En ese sentido, se ha manifestado que “[l]a formulación de la política criminal recae principalmente sobre dos instituciones: **la Fiscalía General de la Nación** (Artículo 251 de la Constitución de 1991) y el Ministerio de Justicia (Decreto 215 de 1992 - Decreto 2897 de 2011)” (negrilla fuera del texto). Comisión Asesora de Política Criminal, Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (Bogotá: Minjusticia, APC y UE, 2012), p. 41.

⁶⁰ Comisión Asesora de Política Criminal, Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano (Bogotá: Minjusticia, APC y UE, 2012), p. 17.

⁶¹ Numeral 4 del artículo 251, Constitución Política de 1991.

los resultados de las investigaciones hechas al interior de la entidad y en el ejercicio de la acción penal que promueva la Fiscalía, cuando así resulte pertinente. En conclusión, cualquier cambio de esos aspectos tiene una conexión inescindible con la ejecución de las funciones constitucionales de la Entidad.

NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA

Fiscal General de la Nación