

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*".

Bogotá, D.C., 28 Marzo de 2017.

Doctor

Armando Benedetti

Vicepresidente Comisión Primera

Senado de la República

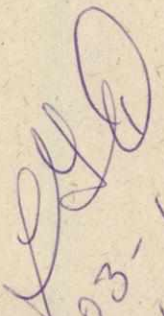
Ciudad

Respetado Vicepresidente:

En cumplimiento del encargo realizado por las Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, atentamente me permito rendir Informe de Ponencia para Primer Debate del **Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*"**, en los siguientes términos:

La presente ponencia consta de las siguientes partes:

1. Trámite
2. Objeto y contenido del proyecto de ley
3. Del análisis del proyecto
4. Aclaraciones específicas a este proyecto
5. Proposición


28-03-17
2.47

1. TRÁMITE

El Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado, "**Mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación**", fue radicado por el Fiscal General de la Nación Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, el día 2 de agosto de 2016 en la Secretaría del Senado. Este proyecto fue remitido a la Comisión Primera el 31 de agosto de 2016 y fue turnado al despacho de este Senador Ponente el 6 de septiembre de 2016 mediante Acta MD-05.

A. DEL TIPO DE LEY QUE SE TRAMITA

De acuerdo con la Carta Superior, la ley y la jurisprudencia "*(...) la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario. (...)*"¹

Frente al particular, la Sentencia C- 791 de 2011 estableció unos parámetros para determinar en qué casos existe reserva de ley estatutaria:²

- i) Cuando la ley actualiza o configura el contenido de los elementos estructurales de un derecho fundamental debe ser expedida mediante el procedimiento legislativo más exigente,
- ii) Igual exigencia se predica cuando se regulan o precisan los aspectos inherentes a su ejercicio y los elementos que hacen parte de su ámbito constitucionalmente protegido y,
- iii) Por el contrario, cuando la ley tenga como cometido armonizar derechos, que sin duda es su función más común, deberá ser tramitada por procedimientos ordinarios.

¹Sentencia C-035 de 2015

²Sentencia C-791 de 2011

Como se expondrá en acápites posteriores, el proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*Mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*", tiene por objeto hacer más transparente el régimen de impedimentos y recusaciones por parte del titular de la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas, se considera que la materia que pretende regular el proyecto de ley objeto de estudio, pese a que ostenta una relación con el ejercicio de derechos fundamentales como el debido proceso y la administración de justicia, no tiene reserva de ley estatutaria sino que debe dársele trámite ordinario, toda vez que no pretende actualizar o configurar los elementos estructurales ni los mecanismos de protección de dichos derechos superiores, tampoco regula o precisa los aspectos inherentes a su ejercicio y los elementos que hacen parte de su ámbito constitucionalmente protegido y tampoco se está legislando sobre elementos esenciales de dichos derechos fundamentales.

El proyecto de ley a estudio únicamente pretende reformar la legislación procesal penal para hacer más transparente el régimen de impedimentos y recusaciones por parte del titular de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, debe destacarse que el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), norma que pretende modificar el proyecto de ley objeto de estudio, fue tramitado como ley ordinaria, por lo tanto, dicha reforma también deberá ser tramitada mediante el mismo procedimiento.

2. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Según se extrae del proyecto original, así como de la exposición de motivos, se sintetizan dos propósitos medulares del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "***Mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación***":

- Transparentar el régimen de impedimentos e inhabilidades del titular de la Fiscalía General de la Nación.
- Crear los mecanismos legales para la colaboración logística que requiera el Fiscal Ad-hoc.

El proyecto de ley consta de 3 artículos, a saber:

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. "

3. DEL ANÁLISIS DEL PROYECTO

a. DE LAS OBLIGACIONES QUE DEBE ASUMIR EL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL

En atención a la cláusula general de competencia prevista en los artículos 114³ y 150⁴ de la Constitución Política de Colombia, el legislador goza de libertad de configuración legislativa en materia penal sustantiva y adjetiva, de manera que corresponde al Congreso de la República determinar, dentro del marco de la política criminal del Estado, el contenido concreto del derecho penal a través de la creación o exclusión de conductas punibles, el establecimiento de la naturaleza y magnitud de las sanciones, los procesos, sus circunstancias de agravación o atenuación, entre otros aspectos,

No obstante, lo anterior, dicha libertad de configuración legislativa en materia penal sustantiva y adjetiva encuentra sus límites en la Carta Superior que establece principios, valores y preceptos que debe respetar el legislador en la elaboración de normas penales. Así, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha precisado que cuando el legislador esté legislando en materia penal sustantiva o adjetiva debe

³**Constitución Política de Colombia. Artículo 114.** Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

⁴**Constitución Política de Colombia. Artículo 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...).

observar los parámetros constitucionales que rigen los límites de la potestad punitiva del Estado⁵, a saber:

1. Deber de observar la estricta legalidad. Este principio consta de dos límites: a) Que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y; b) Es obligatorio respetar el principio de tipicidad, de manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales, y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. En estos términos, en sentencia C-238 de 2005, la Corte Constitucional manifestó que *"(...) La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas. (...)".*

2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales y la legislación procesal penal, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

⁵Del análisis de distintas sentencias de la Corte Constitucional, entre las que destacan las sentencias C-121/12, C-285/97 y C-442/11, se establecen una serie de principios y/o límites que el legislador debe de tener en cuenta al momento de legislar en materia penal. Si bien es cierto que la potestad legislativa es propia del Congreso de la República, no menos cierto es que sus integrantes deben de seguir ciertos parámetros al momento de la elaboración de las leyes. Este principio toma aún más relevancia en materia penal pues los principios constitucionales consagrados en estos tópicos cobran particularidades garantistas que se deben de observar por mandamientos constitucionales.

3. **Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad.** Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional.
4. **Debido proceso.** El legislador tiene la obligación de respetar el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Ley Fundamental.
5. **Principio de necesidad o la utilización del derecho penal como la última ratio.** El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio, de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves⁶. Así, la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado, toda vez que la criminalización de una conducta conlleva a restricciones severas de las libertades de los individuos.

b. DE LOS CONCEPTOS EMITIDOS

Con el propósito de enriquecer el presente proyecto de ley, se solicitaron conceptos a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Justicia y del Derecho, Consejo de Política Criminal y a la Defensoría del Pueblo:

La Defensoría del Pueblo mediante oficio de fecha 28 de septiembre de 2016, manifestó:

⁶ Sentencia C-239 de 2014.

"La Defensoría considera oportuna la iniciativa presentada, puesto que el arreglo institucional contemplado actualmente para suplir al Fiscal General de la Nación en los supuestos de impedimento o recusación, afecta uno de los elementos esenciales del debido proceso como lo es la independencia e imparcialidad. No obstante, considera que la creación de la figura del Fiscal *ad - hoc* tiene la potencialidad de afectar otro elemento esencial de la misma garantía como lo es el principio de juez natural. Por lo anterior la Defensoría alienta a las, y los legisladores a contemplar alternativas que permitan superar esta objeción, como un sistema de elección mediante listas preconcebidas que, de acuerdo al arreglo institucional de 1991, puedan ser configuradas por el Presidente de la República para que la Corte Suprema de Justicia elija."⁷

En oficio de fecha 27 de septiembre de 2016 el Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que hay que tener en cuenta en la elaboración de este proyecto cuestiones de orden práctico y de orden constitucional:

"En primer lugar, en términos prácticos, el procedimiento propuesto podría resultar demorado ya que en cada caso en que prospere un impedimento o una recusación intervendría el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia, dejando los asuntos acéfalos hasta que se logre la elección del fiscal *ad-hoc*; aunque de acuerdo con el proyecto el plazo para que esto ocurra no excedería de 20 DÍAS, no se prevé ninguna herramienta que asegure la elección en ese término.

Adicionalmente, resultaría inconveniente desde un punto de vista operativo pues se abre la posibilidad de que coexistan tantos fiscales generales *ad-hoc* como impedimentos o recusaciones prosperen, los cuales deberán contar con el apoyo y destinación de recursos económicos y de personas que requieran para las investigaciones que tengan que adelantar, tal como se plantea en el artículo 2 propuesto.

⁷ Contrástese el oficio de fecha 28 de septiembre de 2016 enviado por la Defensoría del Pueblo al Despacho de este Senador Ponente.

En segunda lugar, en términos constitucionales, deberán revisarse con atención las implicaciones de que la designación del fiscal *ad-hoc* se haga respecto de un caso concreto, específico y conocido, pues eventualmente se podría estar vulnerando el principio de legalidad según el cual el juez competente debe estar predefinido, esto es, con anterioridad al surgimiento de la controversia o a la ocurrencia de los hechos.

Para llegar a esta conclusión, deberá tenerse en cuenta que el principio de legalidad del que se habla es claramente diferenciable al del juez natural, aunque los dos estén establecidos en beneficio del respeto al debido proceso: el primero de ellos, el principio del juez natural, se entiende como la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado por los funcionarios y órganos previamente establecidos, es decir, como la garantía de que existen órganos preestablecidos en forma general y permanente por la ley, lo cual descarta la posibilidad de que creen organismos *ad-hoc* o *ex post facto* para conocer de determinados asuntos. ⁸

La Procuraduría General de la Nación manifestó en oficio fechado en 20 de septiembre de 2016:

"Atendiendo a la solicitud elevada por usted el pasado 14 de septiembre de la presente vigencia en la cual requiere se conceptúe por parte de la entidad sobre el proyecto de ley número 66 de 2006 (sic) Senado "mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación". Me permito informarle que no existe disposición constitucional ni legal que faculte al Procurador General de la Nación para realizar este tipo de pronunciamiento.

⁸ Contrástese el oficio de fecha 27 de septiembre de 2016 enviado por el Ministerio de Justicia y del Derecho de este Senador Ponente.

Es importante aclarar que en virtud de lo ESTIPULADO en el numeral 5 del artículo 278 de la Constitución Política Nacional, es función del Jefe del Ministerio Público "rendir concepto en los proceso de control de CONSTITUCIONALIDAD", es por ello que en dicho escenario el jefe del Ministerio Público, no se pronunciaría al respecto sobre el proyecto de ley REFERENCIADO."⁹

EL Consejo de Política Criminal manifestó en oficios fechados el 25 de noviembre y 1 de diciembre de 2016, un concepto previo que dice:

- **"La iniciativa legislativa del Fiscal General de la Nación:** Se ha considerado que las reformas referidas a la estructura de la Fiscalía General de la Nación constituyen parte esencial de las funciones que se encomiendan a la entidad y a la aplicación de estrategias de política criminal del Estado, razón por la que no es posible negar la adecuación de la iniciativa a las normas constitucionales."
- **"Objetivo de los proyectos de ley:** se ha señalado que los tres proyectos de ley parten de una buena intención de ampliar la independencia y la transparencia en algunas actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, sin embargo el actual sistema de remplazos del Fiscalía General ante su impedimento –Fiscal Ad hoc– o su falta absoluta –fiscal interino–, cumple los estándares exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para garantizar la imparcialidad del ente acusador, por lo cual no existe la imperativa obligación de modificar las disposiciones vigentes."
- **"Trámite Legislativo:** es recomendable que las tres iniciativas sean agrupadas en un solo proyecto de ley, dado su estrecha vinculación temática."

⁹ Contrástese el oficio de fecha 20 de septiembre de 2016 enviado por la Procuraduría General de la Nación de este Senador Ponente.

El Consejo Superior de Política Criminal, en oficio de fecha 30 de Enero de 2017 manifestó que:

"El actual sistema de remplazos del Fiscal General, ante recusaciones e impedimentos, cumple con los estándares exigidos por la Constitución y demás instrumentos jurídicos, garantizando la imparcialidad del ente acusador. Mas sin embargo para el Consejo Superior de Política Criminal, a pesar que la finalidad del proyecto constituye el desarrollo de aspectos específicos de política criminal y tienen propósitos loables, no significa que resulten exentos de críticas o que todas sus disposiciones sean convenientes."¹⁰

Ahora bien, frente al caso específico donde el Vicefiscal asume las funciones del Fiscal General, "este debe ajustar su conducta a las reglas generales de la función pública que corresponden a quien está remplazando, por lo tanto, debe tomar sus decisiones con autonomía, imparcialidad e independencia, ajustadas a la ley. Por lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera que no es imperativa la obligación de modificar las disposiciones vigentes."¹¹

Sin contar el impacto fiscal que ello generaría, puesto que, no es claro si es un Fiscal Ad hoc para todos los casos o es uno para cada impedimento¹². Por último, el Consejo Superior de Política Criminal a manera de conclusión manifestó:

"Para el Consejo Superior de Política Criminal el actual sistema de remplazos del Fiscal General ante las recusaciones e impedimentos del Fiscal General-, cumple los estándares exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para garantizar la imparcialidad del ente acusador, en tanto que independientemente del sistema de nombramiento del

¹⁰ Contrátese el oficio de fecha 30 de enero de 2017 enviado por el Consejo Superior de Política Criminal

¹¹ Contrátese el oficio de fecha 30 de enero de 2017 enviado por el Consejo Superior de Política Criminal

¹² Contrátese el oficio de fecha 30 de enero de 2017 enviado por el Consejo Superior de Política Criminal

vicefiscal y su vinculación a las directrices del Fiscal General de la Nación cuando actúa como tal, cuando asume las funciones del jefe de la entidad en un caso específico, el segundo funcionario de la entidad debe ajustar su conducta a las reglas generales de ejercicio de la función pública que corresponde a quien está remplazando, y por lo tanto debe tomar sus decisiones con total autonomía, imparcialidad e independencia y plenamente ajustadas a la ley, según corresponde a los funcionarios que integran la rama judicial del poder público.

Por esta razón no existe la imperativa obligación de modificar las disposiciones vigentes, salvo que se partiera de la presunción de que el Vicefiscal se puede apartar de los principios que rigen la función judicial que le corresponde, hipótesis imposible de aceptar no solamente porque no ha sido ni siquiera insinuada por la fiscalía autora del proyecto, sino porque no resulta compatible con las exigencias legales que se hacen a quien debe ocupar el cargo de Vicefiscal General de la Nación.

El proyecto es igualmente inconveniente porque puede generar unos costos fiscales adicionales, según sea la cantidad de casos en los que haya que acudir a la designación de un fiscal ad hoc, al tiempo que no resulta claro cómo se aplicara la medida: si es un fiscal ad hoc para todos los casos o por el contrario es uno para cada impedimento."¹³

C. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La piedra angular del constitucionalismo moderno se encuentra en el principio de legalidad, ya que este principio fundamental del constitucionalismo desarrolla la parte dogmática y orgánica de la Constitución, pudiendo llegar con ello al concepto de Estado Social y Democrático de Derecho: "La autoridad sólo puede hacer lo que le está permitido en la norma jurídica, mientras que los particulares pueden hacer todo, salvo lo que les esté prohibido por la norma jurídica".

¹³ Contrástese el oficio de fecha 30 de enero de 2017 enviado por el Consejo Superior de Política Criminal

Todas las facultades de las autoridades y derechos inherentes a las personas deben de estar contempladas en la Constitución y desarrolladas en las demás normas jurídicas, para poder crear un sistema político e institucional acorde a los mismos mandamientos de la Ley Fundamental, tomando así relevancia trascendental el concepto de norma de normas por parte de la Constitución, que refleja el concepto de Ley Superior positivizado en el artículo 4 de ese ordenamiento y que a través de él se le da vida al Concepto de Estado Colombiano, fundamentado de manera estricta en el principio democrático.

Este principio de legalidad está consagrado de forma general en el artículo 6º de la Constitución Colombiana.¹⁴ La legalidad se vuelve eje rector del ejercicio del poder público, del cual hace parte la Rama Judicial en su desarrollo general, y de la Fiscalía General de la Nación en particular, pues se debe establecer de forma expresa en la norma previa, clara y precisa las facultades que se les están otorgando a la autoridad y conforme a este principio los jueces y fiscales tendrán que fundar y motivar sus decisiones para que estas sean válidas.

La sentencia C-444/11 advierte la vital importancia de este principio para quienes hacen parte de la Rama Judicial, en el sentido de que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder¹⁵. En esta hipótesis constitucional implica que *"no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley"*¹⁶.

En ese orden de ideas y conceptos, en materia penal dicho principio comporta varios elementos¹⁷ que la doctrina especializada reconoce

¹⁴ "ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

¹⁵ Ver Sentencia C-200/02.

¹⁶ Ver Sentencia C-710/01.

¹⁷ Según la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional el principio de legalidad en materia penal se ha entendido en sentido lato, y comprende dos aspectos: en primer término, la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas, y en segundo lugar, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, y en sentido estricto, la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a la inequívocidad en su descripción. Sentencia C-996/00.

como "los principios legalistas que rigen el derecho penal"¹⁸, los cuales fueron enunciados en la sentencia antes citada de la siguiente manera: "...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal"¹⁹.

El desarrollo del principio de legalidad para los fiscales que hacen parte de la Fiscalía General de la Nación, que a su vez hacen parte de la Rama Judicial, y en los cuales por supuesto se encuentra la hipótesis del Fiscal General de la Nación, toma magnitudes trascendentales para el desenvolvimiento de este análisis, pues si el objetivo del proyecto de ley en estudio, es reformar la legislación procesal penal para hacer más transparente el régimen de impedimentos y recusaciones por parte del titular de la Fiscalía General de la Nación, habrá que entender cuáles son las facultades que esta autoridad ejerce, pues solamente a través de éstas se podría actualizar la hipótesis de conflicto de interés y por ende la de recusación y de impedimento.

d. DE LAS FACULTADES DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Analizar el alcance y contenido de las facultades específicas del Fiscal General de la Nación es de suma importancia, así el artículo 251 Superior advierte que las funciones específicas de este funcionario de la Rama Judicial son:

- 1) 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;**

¹⁸ Ver Sentencia C-739/00.

¹⁹ Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal", Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950. Tomado de la sentencia C-444/11.

- 2) Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia;
- 3) Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley;**
- 4) Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto;
- 5) Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación; y
- 6) Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.²⁰

Si atendemos a las facultades que el artículo 251 constitucional le entrega al Fiscal General de la Nación, solamente dos funciones están relacionadas con cuestiones que tienen que ver con la acusación y persecución de los delitos de forma directa, las cuales se encuentran en los incisos 1) y 3) antes citados.

Por otro lado, el desarrollo de estas facultades en la ley se puede encontrar en el Decreto Ley 016 de 2014 por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación, que en su artículo 4 desarrolla entre otras las facultades del Fiscal General de la Nación para: formular y adoptar las políticas, directrices, lineamientos y protocolos para

²⁰ Contrástese el artículo 251 de la Constitución Política.

el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación, en la Constitución y en la ley o asumir las investigaciones y acusaciones que ordena la Constitución y aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad ameriten su atención personal.²¹

También el artículo antes mencionado establece que el Fiscal General de la Nación podrá asignar en el Vicefiscal General de la Nación o en los delegados de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la investigación y acusación de los altos servidores que gocen de fuero constitucional.

Atendiendo a la naturaleza de las facultades constitucionales y legales del Fiscal General de la Nación las podemos dividir en dos tipos: A) Las facultades administrativas y B) Las facultades dentro de la función investigativa y acusatoria.

A) Las facultades administrativas son propias de la naturaleza constitucional y legal de esta institución, por ejemplo, el último párrafo del artículo 249 de la Ley Fundamental señala que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Así las facultades administrativas delegadas al Fiscal General de la Nación responden a la titularidad de este servidor público como titular de esta institución.

B) Las facultades dentro de la función investigativa y acusatoria se refieren a las funciones que realiza este servidor público de la Rama Judicial, que tienen como fin ejercer la acción penal e investigar los hechos que revistan importancia punitiva en los casos específicos que mencionan la Constitución y desarrollan las leyes. Cabe mencionar que, aunque el Fiscal General puede conocer de todos los procesos penales que se encuentran en la Fiscalía, en principio y por diseño institucional, el titular de la dependencia al momento de realizar este tipo de funciones lo hace en los asuntos de mayor relevancia respecto de los servidores públicos que tienen fuero constitucional.

e. DE LA VIABILIDAD DEL PROYECTO DE LEY

²¹ Contrástese el artículo 4 del Decreto Ley 016 de 2014.

Hasta ahora tenemos claro que el Estado Colombiano tiene como principio rector el principio de legalidad, y a partir de éste se rige el actuar de todas las autoridades, por lo que habrá que analizar, si la propuesta de mérito se ajusta al marco del principio de legalidad de las facultades del Fiscal General de la Nación en relación con todo el ordenamiento constitucional.

Los impedimentos para el actuar en virtud de sus facultades de las autoridades judiciales en la rama penal están previstos de forma general en la Ley 906 de 2014, y la forma cómo se tramita la del Fiscal General de la Nación está prevista específicamente en los artículos 58 y 58A de esa normatividad.

En los numerales antes citados se advierte que *"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"* ²², y para la hipótesis de que *"prosperare el impedimento o la recusación, continuará conociendo de la actuación el Vicefiscal General de la Nación"* ²³

La propuesta a estudio, en el artículo 1 advierte que *"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"*, y que en los supuestos *"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"*.²⁴ 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."²⁵

²² Contrástese el artículo 58 de la Ley 906 de 2004.

²³ Contrástese el artículo 58 A de la Ley 906 de 2004.

²⁴ Contrástese el articulado del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado *"mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"*.

²⁵ Ibidem.

La propuesta del artículo 1 del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado, "*Mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*", antes mencionada **no se adecua a los parámetros constitucionales** básicamente por tres razones: A) Atenta contra las garantías previstas en el debido proceso, B) La propuesta no se adecua a los parámetros establecidos en el diseño institucional de la Constitución Política de Colombia, C) El excesivo uso de recursos para nombrar un Fiscal Ad hoc.

A) Atenta contra las garantías previstas en el debido proceso.

La propuesta que se hace en el artículo 1 del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*Mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*", viola las garantías del debido proceso por provocar una dilación injustificada en el proceso.

Una posible violación que se podría encontrar en el artículo 1 del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*", es que no se adecua a los parámetros constitucionales del debido proceso en su vertiente del derecho a la defensa adecuada.

El derecho a la defensa se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual destaca que: "*quien sea sindicado tiene derecho a la defensa*" y en el artículo 8° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José, señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y a contar con la oportunidad y el tiempo para preparar su defensa.

El derecho a la defensa adecuada encuentra sustento desde el escenario internacional, donde los múltiples tratados de derechos humanos hacen un énfasis reforzado al derecho a la defensa en materia penal, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporados a nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, los cuales a su vez forman parte del Bloque de

Constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política.

La trascendencia del derecho al plazo razonable y por ende a evitar dilaciones indebidas, ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶ y ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a las autoridades que dirijan el proceso en forma que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos frustrando la obligada protección de los derechos humanos.²⁷

Otra protección de carácter internacional al derecho a un debido proceso público sin dilaciones justificadas, se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 artículo 14.3 c., suscrito por Colombia y advierte que "La recta y pronta administración de justicia, deja de ser un simple designio institucional para convertirse en el contenido de un derecho público subjetivo de carácter prestacional ejercitable frente al Estado en los supuestos de funcionamiento anormal de la jurisdicción."²⁸

Cabe señalar que, si bien el derecho a la defensa debe ser garantizado por el Estado **en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa**, éste se proyecta con intensidad reforzada en el proceso penal. El derecho a la defensa técnica es intemporal, no tiene límites en el tiempo a favor del presunto responsable, puesto que el ejercicio de este surge desde que se tiene conocimiento que se cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finaliza dicho proceso.

Este derecho *"implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al*

26 Sentencias de la Corte IDH: Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador; Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala., Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua., Caso Forneron e Hija Vs. Argentina; Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia; Caso Vélez Looz Vs. Panamá; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala; Caso López Mendoza Vs. Venezuela; Caso Fleury y otros Vs. Haití., Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile, Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras,

27 Así por ejemplo, Corte IDH. Caso Bulacop vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003; Corte IDH. Caso Sevelón, García y otros vs. Honduras, Sentencia del 21 de septiembre de 2006.

28 Contrástese el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 Art. 14.3 c.

*individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas"*²⁹

El artículo 1 del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado, "mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación", establece que "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." , además que "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".

Para substanciar las hipótesis jurídicas del artículo 1 a estudio mínimo se están contemplando 20 días más que cualquier proceso en los que el Fiscal General de la Nación no sea recusado o acepte un impedimento, eso sin contar los traslados del expediente y demás cuestiones administrativas, los cuales evidentemente afectan a la persona que se esté juzgando en cualquier etapa del procedimiento pues el asunto de encuentra sub judice, y la indefinición jurídica afecta directamente las garantías del procesado.

Tal y como lo manifestó el Ministerio de Justicia y del Derecho "en términos prácticos, el procedimiento propuesto podría resultar demorado, ya que en cada caso en que prospere un impedimento o una recusación intervendría el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia, dejando los asuntos acéfalos hasta que se logre la elección del fiscal ad-hoc; aunque de acuerdo con el proyecto el plazo para que esto ocurra no excedería de 20 DÍAS, no se prevé ninguna herramienta que asegure la elección en ese término."

De aprobarse este proyecto se dejan 20 días *subjudice* a cualquier persona, en cuyo juzgamiento esté involucrada la recusación o el impedimento del Fiscal General de la Nación. Esta dilación es injustificada toda vez que es causada por el andamiaje institucional y nada tiene que

²⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-127 de 2011.

ver con las garantías de carácter reforzado que se encuentran en el debido proceso para el presunto responsable.

Todas las medidas, tanto ejecutivas, como legislativas, deben obedecer a realidades sociales, económicas y jurídicas y resulta claro que en un sistema judicial congestionado que enfrenta una gran crisis y donde las altas cortes se toman meses para decidir una acción de tutela, los términos para nombrar un fiscal ad hoc, vulnerarían la pronta, recta y eficaz administración de justicia, pues las condiciones no están dadas para una medida legislativa de estas proporciones.

Lo anterior es una clara violación al debido proceso bajo la vertiente del derecho a una defensa adecuada, el cual implica que no existan dilaciones injustificadas, que es protegido por la Constitución Colombiana y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Esta hipótesis jurídica también rompe con el principio de igualdad, es decir, un proceso en que se recuse al Fiscal General de la Nación, tiene una carga temporal de cuando menos 20 días hábiles más, que en uno que no sea recusado, es por eso que el constituyente al analizar los bienes jurídicos tutelados dentro de la rama penal previo que en los casos en que existiera recusación, el reemplazo del Fiscal General debe de ser inmediato.

Si observamos el actual esquema institucional que se contempla en la fracción I del artículo 251 de la Constitución Colombiana, la asignación de fiscal para los casos en que exista impedimentos o recusaciones es inmediata, pues se le asigna de forma directa al Vicefiscal General, sin provocar dilaciones que afecten los derechos de los sujetos implicados en el proceso.

Los sujetos que intervienen en el proceso se encuentran limitados por determinadas obligaciones que conllevan la observación de los términos procesales consagrados constitucional y legalmente para el cumplimiento de las actuaciones que adelantan³⁰. Esto se sustenta en los principios consagrados en la Ley 270 de 1996 la cual regula la administración de justicia, y que desarrollan los artículos 28, 29 y 228 de la Constitución. Tienen especial relevancia para el presente caso, la celeridad, la

30 Sentencia C-1198 de 2008.

eficiencia y el respeto de los derechos de quienes intervienen en el proceso regulados en los artículos 4, 7 y 9 de este ordenamiento.

En síntesis, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado en reiteradas ocasiones que los derechos y sus garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho a un proceso sin dilaciones injustas y en un plazo razonable, son de estricto cumplimiento de carácter reforzado en todo tipo de actuaciones. Particularmente las judiciales, pues constituyen un presupuesto normativo para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Lo anterior es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, el cual impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues el ordenamiento jurídico constitucional y el concepto de bloque de constitucionalidad no se ajustan a la idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella.³¹

B) La propuesta no se adecua a los parámetros establecidos en el diseño institucional de la Constitución Política de Colombia.

En el diseño jurídico constitucional para nombrar al Fiscal General de la Nación, el constituyente de 1991 contempló dos requisitos normados en el artículo 249 superior: 1) la postulación de una terna por parte del Presidente de la República, y 2) La elección de uno de los ternados por parte de la Corte Suprema de Justicia.³²

El nombramiento del Fiscal General de la Nación, implica los más altos estándares republicanos para acceder a esa dignidad. Por un lado, el Presidente de la República hace una terna y es la Corte Suprema de Justicia quien delibera y escoge al titular del órgano acusador.

³¹ Sentencias C-131 de 2002, T-647 de 2013 y C-390 de 2014

³² ARTICULO 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Evidentemente, el hecho de que el constituyente de 1991 haya puesto estándares tan altos para la elección del Fiscal General de la Nación, implica que las personas que vayan a ocupar ese cargo deben tener previamente un gran conceso político, pues tal y como se dijo, dicha elección está diseñada, cuando menos en dos fases, que implican la actuación de los máximos jerarcas de las Ramas del Poder Público en Colombia.

Así, cualquier persona que ejerza ese alto cargo, aunque sea de forma temporal deberá pasar el tamiz impuesto por el constituyente de 1991, es decir debe existir por una parte una postulación por parte del Presidente de la República, y por otra, la elección de la Corte Suprema de Justicia, de lo contrario no se estaría respetando el diseño institucional que realizó el constituyente de 1991.

Mención especial merecen en lo relativo a este punto los conceptos emitidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho³³ y el Defensor del Pueblo³⁴, en el sentido de que la propuesta se subsanaría, si el Presidente de la República enviara de manera anticipada, inclusive en forma de terna, las propuestas de quienes podrían ser nombrados Fiscales Generales Ad-hoc a la Corte Suprema de Justicia, para que de ahí esta institución judicial pudiera hacer una lista previa de Fiscales Generales Ad-hoc.

Esta consideración hecha por las instituciones antes mencionadas no encuentra sustento al menos de que se hiciera una reforma constitucional, por las siguientes dos razones jurídicas.

La primera razón jurídica es que el artículo 249 de la Constitución contempla la elección del Fiscal General de la Nación titular, y no contempla la elección o elecciones de Fiscales Generales Ad-hoc.

La segunda razón consiste en advertir que la interpretación de que el poder Constituyente puso en tan alto nivel el consenso republicano para elegir al Fiscal General de la Nación titular, que obligó a que la figura de

³³ Concepto hecho llegar por el Ministerio de Justicia y del Derecho al despacho de este Senador ponente el 27 de septiembre de 2016.

³⁴ Concepto hecho llegar por la Defensoría del Pueblo al despacho de este Senador ponente el 27 de septiembre de 2016.

Fiscal General Ad-hoc, no estuviera en rango constitucional, para que este no se desarrolle por violar las garantías que el mismo constituyente ha establecido en el derecho al debido proceso.

Además esta interpretación toma fuerza si se analiza el artículo 251 de la Constitución Política ³⁵, en el sentido de que de las 6 facultades constitucionales que le son entregadas al Fiscal General de la Nación, sólo 2 se traducen en las funciones que le son otorgadas netamente para investigar y acusar directamente al titular de la Fiscalía, por ende las que se les podría aplicar la reforma que se estudia.

Las 2 facultades netamente investigativas y de acusación son las contempladas en el inciso 1 del artículo 251 que consiste en *"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"*, y las contempladas en el inciso 3 de dicho numeral y que tiene que ver con *"Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley"*, todas las demás funciones son de carácter administrativo.

³⁵ **ARTICULO 251.** Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. 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.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.
3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Las únicas funciones o facultades dentro del proceso penal que otorga la Constitución al Fiscal General de la Nación son las ubicadas en el artículo 251 en los numerales 1 y 3, las demás funciones son de carácter administrativo, por lo que no les regiría la reforma que se promueve.

Permítanos referirnos a la función 3 del artículo 251 antes que la función 1 por cuestiones metodológicas y didácticas en la fundamentación de este informe de ponencia.

Así, a lo que se refiere la función 3 del artículo 251 es de carácter excepcional³⁶, en el sentido de que sería materialmente imposible que el Fiscal General de la Nación asuma directamente todas las investigaciones y los procesos, pues para eso la norma le confiere los recursos humanos necesarios para llevarlo a cabo mediante la delegación de fiscales que actúan como jueces independientes en cada caso específico.

A demás en el caso contemplado en la hipótesis del numeral 3 del artículo 251, el Fiscal General de la Nación no podría asumir una investigación o proceso que le implicara conflicto de interés por dos razones jurídicas:

a) Atenta contra el principio de buena fe que deben de seguir todas las autoridades en el ejercicio de sus funciones³⁷.

b) Al ser esta función de carácter excepcional y potestativo, el Fiscal General no podría conocer directamente de un asunto que le configurara un conflicto de interés, pues incurriría en una conducta dolosa de carácter

36 Contrátese lo establecido en el reciente criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 2016 el cual advierte que: "La Corte Constitucional concluyó que es constitucional que la Ley (Decreto Ley, en este caso) prevea la conformación y el funcionamiento, dentro de la Fiscalía General de la Nación, de comités técnico-jurídicos de revisión de las situaciones y los casos, cuya decisión prevalecerá, en caso de haber discrepancia, frente a la posición del fiscal de cada caso, ya que se trata del ejercicio de la competencia atribuida constitucionalmente al Legislador para desarrollar el principio constitucional de unidad de gestión y jerarquía de la Fiscalía General de la Nación y determinar, en este sentido, los términos y condiciones de la autonomía de los fiscales delegados, según lo ordena el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución Política, en el ejercicio de sus funciones no jurisdiccionales. Esto quiere decir que la organización, funcionamiento y prevalencia de decisión de los comités técnico-jurídicos no se predica del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los fiscales delegados las que, hoy en día excepcionales, subsisten y su ejercicio se rige por los principios de autonomía e independencia de quienes ejercen funciones jurisdiccionales."

³⁷ **ARTICULO 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

penal o administrativa. Esta ponencia no advierte que esta posibilidad sea nugatoria fácticamente, lo que trata de advertir es que de alguna u otra manera esta posibilidad ya está regulada por la Constitución y las leyes de la República, con sus respectivas consecuencias jurídicas.

La hipótesis contenida en el numeral 1 del artículo 251 constitucional es la que reviste mayor importancia para esta propuesta de reforma legislativa, pues en ella el Fiscal General de la Nación no actúa de forma excepcional y potestativa, sino por el contrario, la Constitución le confiere la función directamente a él o por medio del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia para investigar o acusar a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Ley Fundamental.

Esta función no es potestativa o excepcional, cada vez que exista una investigación en contra de los servidores públicos que gocen de fuero constitucional, el Fiscal General de la Nación adquiere la facultada de investigar y acusar, esta función es delegable constitucionalmente al Vicefiscal General de la Nación o a sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, pero la responsabilidad para ser ejecutada en primera instancia recae directamente en el titular de la Fiscalía General de la Nación.

Resulta muy interesante, advertir cómo el constituyente depositó en el Fiscal General de la Nación esta facultad de alta complejidad política y jurídica para investigar y acusar a los servidores con fuero constitucional, la cual no es delegada a cualquier miembro de la Fiscalía, solamente puede ser delegada al Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, por mandato constitucional.

Por lo anterior, podemos advertir que la única función investigativa y acusatoria otorgada por la Constitución Política de Colombia que debe realizar directamente el Fiscal General de la Nación, es la contemplada en el numeral 1, del artículo 251 de la Constitución, y es desarrollada en los artículos 58 y 58A de la Ley 906 de 2014 en caso de que se presente conflicto de interés.

Esta Facultad sólo encuentra sustento constitucional para ser delegada únicamente en el Vicefiscal General de la Nación, y no necesita de reforma constitucional o legal para que sea válida, para evitar un posible conflicto de interés que admita impedimento o recusación por parte del Fiscal General de la Nación.

Por lo que corresponde a la situación fáctica de que no se garantiza que no exista conflicto de interés, toda vez que el Vicefiscal General de la Nación, dependen jerárquicamente del Fiscal General de la Nación y ello puede traer posibilidades de imparcialidad, esto es una cuestión que carece de sustento jurídico, pues la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena. Exp N 11-001-02-30-000-2012-00072-00 de Mayo de 2012, advirtió que el hecho que exista subordinación en los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación no implica que estos actúen por fuera de la norma jurídica.³⁸

Por todos los argumentos esgrimidos podemos llegar a la conclusión de que el Constituyente no quiso que existiera la figura del Fiscal General Ad-hoc, pues en caso de que exista un conflicto de interés este podrá ser subsanado por el Vicefiscal General tal y como lo indica el artículo 251 fracción 1 de la Constitución, en concordancia con los artículos 58 y 58A de la Ley 906 de 2004, pues no le otorgó facultades expresas al Presidente de la República para que pudiera ternar ante la Corte Suprema de Justicia lista de candidatos para ocupar ese puesto en calidad de Ad-hoc y que esta alta corporación los eligiera.

Sin embargo, sí le concedió la facultad al Fiscal General de la Nación a nivel constitucional para que en los casos que él deba de asumir la investigación y acusación de los funcionarios con fuero y resulte con conflicto de interés, para que esta autoridad pueda delegar ante el Vicefiscal General dicha función en caso que se presentara un impedimento o recusación en contra de su persona.

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

Las implementaciones legislativas, deben obedecer a necesidades sociales, fácticas y jurídicas, sin embargo observa este Senador ponente, que frente al tema de las recusaciones e impedimentos, específicamente frente a la autonomía, imparcialidad objetividad y transparencia del Vicefiscal, no hay compromisos, pues éste *no se comporta como un subalterno, ya que actúa en ejercicio de la función de Fiscal General, sin sujeción jerárquica ni funcional del Fiscal General de la Nación que ejerce el cargo de tal, como que este ha sido, separado del ejercicio de esta competencia.*

Así que, en el desempeño de sus funciones como Fiscal ni en las que ejerce directamente como Vicefiscal, se compromete su imparcialidad, pues en unas y otras está sometido solo al imperio de la ley en condiciones de autonomía e independencia.

C) El excesivo uso de recursos para nombrar un Fiscal Ad hoc.

La propuesta legislativa, no posee un estudio serio frente al impacto fiscal, que puede traer un proyecto de esta índole.

Al respecto, solo se tiene conocimiento de lo manifestado por el Consejo Superior de Política Criminal en oficio radicado el 30 de enero del año en curso, el cual reza: *"En este punto, es necesario advertir que la Fiscalía General de la Nación, en la discusión que se hizo del proyecto en la sesión del Consejo Superior de Política Criminal, adujo que una posible solución al impacto fiscal³⁹ sería determinar que la función del fiscal ad hoc se ejerciera ad honorem, como lo hacen los conueces de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, frente a este argumento, es preciso resaltar que no resulta equiparable la función del fiscal ad hoc con la del conuej, en la medida en la que la función investigativa demanda mucha más dedicación al caso y al control de la policía judicial, la búsqueda,*

39 En este punto, es necesario advertir que la Fiscalía General de la Nación, en la discusión que del proyecto de hizo en la sesión del Consejo Superior de Política Criminal, adujo que una posible solución al impacto fiscal sería determinar que la función del fiscal ad hoc se ejerciera ad honorem, como lo hacen los conueces de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, frente a este argumento, es preciso resaltar que no resulta equiparable la función del fiscal ad hoc con la del conuej, en la medida en la que la función investigativa demanda mucha más dedicación al caso y al control de la policía judicial, la búsqueda, recaudo y control de las evidencias; las intervenciones en la etapa del juicio y demás actividades

*recaudo y control de las evidencias; las intervenciones en la etapa del juicio y demás actividades"*⁴⁰

Ahora bien, a pesar de no ser un concepto vinculante para el proyecto de ley, si es necesario advertir su importancia con forme a las diferentes manifestaciones de nuestra Corte Constitucional. Una de ellas es la Sentencia T-762 de 2015 donde ordena *"al Congreso de la República que, dentro del ámbito de sus competencias y respetando su libertad de configuración del derecho, de aplicación a lo dispuesto en los artículos 3º, numeral 6º, y 18 del Decreto 2055 de 2014, en el sentido de contar con el concepto previo del Comité Técnico Científico del Consejo Superior de Política Criminal, para iniciar el trámite de proyectos de ley o actos legislativos que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal."*⁴¹

Por lo anterior, es necesario que siempre que en el Congreso de la Republica, se presente algún proyecto de ley o acto legislativo que trate de política criminal y funcionamiento del Sistema de Justicia Penal, se deba contar con el concepto previo del Comité Técnico Científico del Consejo Superior de Política Criminal, para iniciar el trámite legislativo.

Así las cosas, el concepto del Consejo Política Criminal transcrito en acápites anteriores manifiesta la NO viabilidad del Proyecto por el uso de recursos adicionales que podría generar el nombramiento de un Fiscal Ad-hoc, lo cual hace inviable este proyecto de reforma legal, al ya existir los mecanismos legales que resuelvan esta hipótesis jurídica, sin que impliquen un gasto adicional a presupuesto público.

4. ACLARACIONES ESPECÍFICAS PARA ESTE PROYECTO

El ponente comparte las inquietudes del Fiscal General para generar transparencia dentro de la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, no se está de acuerdo con el trámite legislativo propuesto en la reforma del Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado *"mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"*.

⁴⁰ Contrátese el oficio de fecha 30 de enero de 2017 enviado por el Consejo Superior de Política Criminal

⁴¹ Sentencia T 762 de 2015. MP. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Se considera que de llegar a ver un ajuste institucional de las magnitudes propuestas habrá primero que solucionar los problemas del fiscal *Ad-hoc*, las violaciones al derecho a una defensa adecuada provocada por la posible dilación injustificada y los problemas de constitucionalidad en el diseño institucional propuesto por el constituyente.

Para realizar una reforma de esta envergadura, a juicio de este legislador, es necesario hacerla de carácter constitucional y no legal, pues en los temas que tocan se ven inmiscuidos derechos fundamentales irrenunciables de protección reforzada como los del debido proceso y mandamientos institucionales que de no ser adecuadamente legislados a nivel constitucional, ocasionarían lo que la Corte Constitucional ha denominado como la sustitución a la Constitución.

5. PROPOSICIÓN.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a la Comisión Primera del Senado de la República, archivar el Proyecto de Ley N° 66 de 2016 Senado "*mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación*", por las razones antes mencionadas en los acápites anteriores de esta ponencia.

Atentamente,



CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE
Senador Ponente