

## PROYECTOS DE LEY

### **PROYECTO DE LEY NÚMERO 65 DE 2016 SENADO**

*Proyecto de ley mediante el cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación Interino.*

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 5° del Decreto-ley 021 de 2014 quedará así:

“**Artículo 5°.** *Vacancia del empleo y situaciones administrativas del Fiscal General de la Nación.* Son faltas absolutas del Fiscal General de la Nación que generan la vacancia definitiva del empleo la muerte, la renuncia aceptada, la destitución ordenada en decisión ejecutoriada, la incapacidad física permanente y el abandono del cargo, decretados estos dos últimos por la Corte Suprema de Justicia. Las situaciones administrativas que generen vacancia temporal del Fiscal General de la Nación serán declaradas y conferidas por el Director que cumpla las funciones de administración de personal de la entidad.

El Fiscal General de la Nación será reemplazado en sus faltas absolutas por un Fiscal General de la Nación Interino, que será designado por el Presidente de la República. Este deberá comunicar su decisión a la Corte Suprema de Justicia y tendrá la obligación de hacer el nombramiento inmediatamente después de que se presente la falta absoluta. Al mismo tiempo, el Presidente presentará ante la Corte Suprema de Justicia la terna para que esta elija en propiedad al Fiscal General de la Nación.

El Vicefiscal General de la Nación reemplazará al Fiscal General de la Nación en sus ausencias temporales. En esos casos no se requerirá designación especial”.

Artículo 2°. El numeral 5 del artículo 15 del Decreto-ley 016 de 2014, quedará así:

“5. Reemplazar al Fiscal General de la Nación en sus ausencias temporales, sin que para tal efecto se requiera designación especial”.

Artículo 3°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA  
Fiscal General de la Nación

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de ley pretende reglamentar la situación referida a la falta absoluta del Fiscal General de la Nación por terminación del periodo. A continuación se exponen las razones que motivan esta propuesta normativa.

#### **I. Cuestión Previa: los asuntos objeto de esta propuesta legislativa no son objeto de una ley estatutaria ni de una reforma a la Constitución**

El artículo 152.b de la Constitución Política de Colombia dispone que el Congreso, mediante las leyes estatutarias, deberá regular los asuntos relacionados con la “administración de justicia”. Ese mandato se traduce en el hecho de que ese tipo de leyes tienen un procedimiento más exigente para su formación, por referirse a asuntos de trascendental importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, las leyes estatutarias se caracterizan

por su contenido material (definido en el artículo 152 de la Constitución) y por su procedimiento<sup>1</sup>.

Ahora bien, el hecho de que en el artículo 152 de la Constitución se definan los temas sobre los cuales debe versar una ley estatutaria, no significa que cualquier materia relacionada con esos asuntos sea reserva de ley estatutaria. En palabras de la Corte “la reserva de ley estatutaria no debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiere ser expedida por medio de dicho tipo de ley”<sup>2</sup>.

El mandato de interpretación restrictiva del artículo 152 adquiere especial relevancia tratándose de asuntos relacionados con la administración de justicia. En ese sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-319 de 2006 señaló:

“[L]a jurisprudencia constitucional ha defendido una interpretación flexible o si se quiere restrictiva del principio de reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia, según la cual dicha reserva no es extensible a asuntos no contemplados en el artículo 152 constitucional por una parte, y adicionalmente que **no todos los tópicos relacionados con la administración de justicia han de ser regulados por una ley de esta naturaleza**” (negrilla fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera expresa sobre normas como el proyecto de ley que nos ocupa, para establecer si deben ser tramitados con las exigencias propias de las leyes estatutarias. Al respecto en la Sentencia C-392 de 2000, al referirse a la creación de jueces y fiscales especializados, sus competencias y procedimientos, señaló que dichos asuntos no eran propios de una ley estatutaria sino de una ordinaria. Al respecto dispuso:

“[L]as disposiciones de dicha ley no requieren de una ley estatutaria, en los términos de la letra b) del artículo 152, por cuanto ellas no afectan el núcleo esencial o básico de la estructura, la organización y el funcionamiento de la administración de justicia, sino que regulan apenas aspectos relativos a la creación de jueces y fiscales especializados, a la asignación de competencias a estos, y a cuestiones de naturaleza procesal que pueden ser objeto de ley ordinaria”.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las normas que deben ser tramitadas como leyes estatutarias son<sup>3</sup>:

- a) Las que afectan la estructura de la administración de justicia;
- b) Las que establecen y garantizan la efectividad de los principios generales de la administración de justicia;
- c) Las que se refieren aspectos sustanciales de la administración de justicia.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional estableció que la Ley 975 de 2004, conocida como Ley de Justicia y Paz no requería ser tramitada como estatutaria. Sobre este asunto en la sentencia C-360 de 2006, señaló:

“[L]a Ley 975 de 2005 no crea una jurisdicción especial, sino que simplemente atribuye a la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial que debe surtirse ante la Fiscalía General y los tribunales superiores, de manera que no se afecta la estructura general de la

---

<sup>1</sup> Ver: Corte Constitucional Sentencia C-319 de 2006.

<sup>2</sup> Corte Constitucional Sentencia C-748 de 2011.

<sup>3</sup> Ver: Constitucional Sentencias C-319 de 2006, C-670 de 2001, C-295 de 2002, C-162 de 2003, entre otras.

administración de justicia, ni se tocan principios generales o aspectos sustanciales de la Rama Judicial del poder público, razón por la cual tampoco por este aspecto debía ser objeto de una ley estatutaria”.

En suma, debido a que el presente proyecto de ley no se refiere a la estructura de la administración de justicia, ni a sus principios generales ni aspectos sustanciales, puede ser tramitado como una ley ordinaria.

En ese mismo sentido, debido a que el proyecto de ley no modifica ningún artículo constitucional, ni se refiere a competencias que la Constitución haya asignado específicamente a determinado funcionario, tampoco requiere ser tramitada como una reforma a la Constitución.

## **II. De la división de poderes**

El sistema de pesos y contrapesos es uno de los principios axiales de la Carta Política de 1991. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades<sup>4</sup>. Las ideas sobre la separación de poderes y los sistemas de frenos y contrapesos, ha resultado uno de los grandes instrumentos de la teoría política para ponerle límites al ejercicio del poder y evitar la arbitrariedad en la conducción de los designios de un Estado.

En aplicación de esta teoría, el Constituyente de 1991 no solo distribuyó las distintas tareas del Estado en diferentes ramas y organismos, sino que creó una larga lista de mecanismos y procedimientos a través de los cuales los distintos poderes se fiscalizan unos a otros. De tal forma que las decisiones más importantes de la sociedad, se adopten de forma mancomunada entre órganos que pertenecen a distintas ramas del poder público. En cuanto a este principio, la Corte Constitucional puso de presente que:

“[L]a separación funcional del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión. Así mismo, la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades constitucionales encomendadas al Estado. Se tiene entonces que el principio bajo estudio permite, por una parte, limitar el alcance del poder que ejerce cada órgano y, de esta manera precaver su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad y, por otra, asegurar que los diversos órganos desarrollen un mayor grado de especialización institucional, y le den un manejo más técnico a sus funciones”<sup>5</sup>.

Según el Alto Tribunal, del concepto de separación de poderes se derivan dos esquemas diferenciables. El primero de ellos lo denominó como el modelo rígido de separación funcional que “defiende una delimitación funcional rigurosa, como medio para acotar el poder, a partir del entendimiento de que una distribución precisa y equilibrada de las labores estatales, en la cual cada órgano cumple una tarea preestablecida, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales”<sup>6</sup>. Este esquema se fundamenta en la idea de que las funciones bien delimitadas permiten que cada

---

<sup>4</sup> Al respecto, ver por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

institución sea, naturalmente, autónoma, pues el control político se da con el mero cumplimiento de las funciones designadas<sup>7</sup>.

El segundo modelo es aquel conocido como el sistema de frenos y contrapesos. Este tiene dos características principales. En primer lugar, la especialización de tareas en las entidades públicas y el control interorgánico mutuo entre las instituciones para lograr el equilibrio<sup>8</sup>. La Corte ha manifestado que en este caso el equilibrio “es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias.

#### FISCALÍA

En otras palabras, cada órgano tiene la posibilidad de condicionar y controlar a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones”<sup>9</sup>.

La constituyente de 1991 optó por el segundo modelo para equilibrar el manejo del poder, a través de un “sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público”, en el cual se entrelazan los frenos y contrapesos propiamente dichos, con el principio de colaboración armónica<sup>10</sup> “de los diferentes órganos del Estado”<sup>11</sup>.

La interrelación del sistema de equilibrio de poderes adoptado y el principio de colaboración armónica, ocurre como se describe a continuación:

“El modelo adoptado respeta el criterio conforme al cual, en virtud del principio de separación, las tareas indispensables para la consecución de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. No obstante, la separación resulta morigerada por las exigencias constitucionales de colaboración armónica y por controles recíprocos. En virtud de las primeras, se prevé, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito competencial de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente -por ejemplo la iniciativa gubernamental en materia legislativa- o como una excepción a la regla general de distribución funcional -como el ejercicio de determinadas funciones judiciales por el Congreso o la atribución de funciones jurisdiccionales por medio de la ley en materias precisas a determinadas autoridades administrativas-”<sup>12</sup>.

Por ejemplo, la asignación extraordinaria de funciones judiciales a la rama legislativa, o la posibilidad que tiene el ejecutivo de producción legislativo en determinados casos, es muestra de que el sistema Colombia no es rígido sino un esquema flexible que conciba la división funcional con una premisa de colaboración. De igual forma, los procesos de elección de algunos altos funcionarios del Estado son una manifestación de ese sistema de frenos y contrapesos que previo el constituyente de 1991. Allí, diferentes órganos del poder tienen una asignación funcional específica, pero al mismo tiempo se articulan con otras ramas del poder para producir la decisión final.

---

<sup>7</sup> Ibíd.

<sup>8</sup> Ibíd.

<sup>9</sup> Ibíd.

<sup>10</sup> “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” artículo 113 Constitución Política.

<sup>11</sup> Ibíd.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

## **El mecanismo de elección del Fiscal General de la Nación es manifestación del sistema de pesos y contrapesos de las ramas y órganos del poder público que debe regir el Estado Social de Derecho**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 249 de la Constitución Política de 1991, “[e]l 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”<sup>13</sup> (negrilla fuera del texto).

El mandato transcrito que determina la forma en la que deberá ser elegido el Fiscal General de la Nación es una muestra fehaciente de la incorporación a la Constitución Política, del principio de separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos que le es inherente. Igualmente, constituye la materialización de la colaboración armónica entre órganos y ramas del poder. En relación con este último principio, la Corte Constitucional ha establecido:

“La Constitución Política establece en el artículo 113 la composición del poder público: en la columna vertebral de la estructura del Estado están las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, con sus respectivos órganos y dependencias; y además, se encuentran otros órganos que deben realizar el cumplimiento de las demás funciones del Estado, pese a no encontrarse vinculados a ninguna de las ramas del poder. **A esta distribución del poder público en ramas y órganos se asocia, a su vez, la existencia de controles recíprocos y un deber de colaboración armónica (...)**”<sup>14</sup> (negrilla fuera del texto).

En ese sentido, por un lado, cuando el artículo 249 superior establece que el Presidente de la República, en calidad de “[j]efe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa”<sup>15</sup>, es el que conforma la terna de las personas que pueden resultar nombradas como Fiscal General de la Nación, se garantiza la intervención de la rama ejecutiva en un asunto estatal determinante y, en particular, la intervención del Jefe de Estado en la formulación y ejecución de la política criminal del Estado. En otras palabras, con ese mandato se asegura que el ejecutor de las leyes tenga algún tipo de injerencia en la estructuración de la administración y la gestión de la Fiscalía.

Esto, además de constituir una manifestación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, implica un mayor grado de coordinación entre la estructuración y la ejecución de las funciones de la Fiscalía y entre las acciones gubernamentales. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la Fiscalía está, constitucionalmente, encargada de adelantar la persecución penal de las conductas lesivas más graves y que el ejecutivo en muchas ocasiones adelanta las acciones gubernamentales que tienen claras incidencias en el rumbo de la política criminal del Estado.

Por su parte, la facultad que la Constitución Política le otorga a la Corte Suprema de Justicia para elegir el Fiscal General de la Nación, de la terna enviada por el Presidente de la República, también contribuye al cumplimiento del principio de colaboración armónica y de coordinación entre los órganos estatales. Concretamente, a pesar de que, por mandato constitucional, la Fiscalía y la Corte Suprema hacen parte de la rama judicial, las funciones atribuidas a cada uno de esos órganos están dirigidas a la ejecución de la política criminal del

---

<sup>13</sup> Inciso 2° del artículo 249, Constitución Política de 1991.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>15</sup> Artículo 115, Constitución Política de 1991.

Estado y en consecuencia, se trata de tareas estatales que requieren de acciones coordinadas y mancomunadas con la finalidad de que se cumpla adecuadamente con las funciones públicas asignadas a ambas entidades.

De conformidad con lo expuesto, es razonable concluir que el mecanismo de elección del Fiscal General de la Nación es una clara manifestación de las relaciones de coordinación y colaboración que, en virtud del sistema de pesos y contrapesos que rige el Estado Social de Derecho, deben ser promovidas entre las distintas ramas y los distintos órganos del poder público.

### **III. Principio de transparencia de la administración pública**

Es fundamental que todas las actuaciones del aparato estatal y particularmente el aparato judicial estén regidas por el principio de transparencia. La legitimidad democrática radica en parte en el respeto de este principio, y en la existencia de mecanismos ciertos y herramientas concretas que atiendan a este imperativo.

El principio de transparencia tiene su fundamento en la Constitución Política. Así, sobre la importancia de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos, se ha referido la Corte Constitucional en repetidas ocasiones. Lo ha hecho sobre todo al referirse al derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, esos planteamientos esbozados en ese ámbito, pueden hacerse extensibles a otros espacios en los que la transparencia también resulta un mandato primordial.

Así, ha dicho que la satisfacción de los principios de transparencia y publicidad se erige como “la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho”<sup>16</sup>. Esto en la medida en que la transparencia se convierte en un presupuesto para el control y la fiscalización ciudadana del poder<sup>17</sup>, de tal forma que la negación de esta deja a los ciudadanos indefensos ante el abuso y la posible arbitrariedad. En palabras de la Corte, la transparencia, como *condición de posibilidad* para permitir la fiscalización de los actos públicos, está estrechamente ligada a la realización efectiva de la democracia participativa<sup>18</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al explicar que el principio de transparencia es pilar fundamental de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>19</sup>. La administración de justicia debe promover la transparencia a su máxima expresión con el fin de revestir de una mayor legitimidad las determinaciones que allí se adoptan.

Para lo anterior explicaremos en primer lugar (A) por qué las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en razón a naturaleza de sus funciones deben ofrecer mayores índices de transparencia de imparcialidad y (B) las razones por las cuales la escogencia de un fiscal interino ofrece mayores índices de transparencia.

#### **A. Las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación por la naturaleza de sus funciones deben ofrecer los mayores índices de institucionalidad**

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013 M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013 M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>18</sup> Al respecto ver, por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013 M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

De acuerdo al artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación tiene como función “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...)”.

A partir de las funciones constitucionales otorgadas a la Entidad, es posible determinar la importancia que tienen los fiscales que conducen las investigaciones, pues de ellos depende que quienes intervienen en las cuestiones penales, lo hagan con apego al respeto y garantía a sus derechos.

Así entonces, resulta importante tener en cuenta que la Fiscalía colabora por medio de sus funciones en el ejercicio del *ius puniendi* que se encuentra en cabeza del Estado, por medio de las normas de derecho penal vigentes. Es indispensable que quienes intervienen en el proceso penal cuenten con todas las garantías necesarias para que el proceso se desarrolle desde un ambiente de transparencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

“El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede desconocer las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de la legalidad. Pero al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a los ciudadanos. El Derecho penal en un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional (...)”<sup>20</sup>.

Al permitir que ante faltas absolutas del Fiscal General de la Nación, el Presidente de la República elija el fiscal interino que lo reemplazará temporalmente, la iniciativa legislativa permite reforzar las garantías institucionales de la Entidad, toda vez que de esa forma se asegura un cumplimiento transparente de sus funciones.

### **B. La elección del Fiscal interino permite que el equilibrio material de los poderes se garantice en todo momento**

Como se explicó en precedencia, el sistema de frenos y contrapesos en Colombia se encuentra ligado al principio de colaboración armónica de las diferentes instituciones públicas. Parte del ejercicio material de estos principios se manifiesta en la elección del Fiscal General de la Nación.

Ese Alto Funcionario es el encargado de dirigir la institución que tiene como misión el ejercicio de la acción penal, salvo las excepciones constitucionales. Además da los lineamientos de la política criminal del Estado. La naturaleza de sus funciones le otorga la titularidad de una gran proporción del poder del Estado, lo que implica que es necesario que el ejercicio de las mismas se encuentre en equilibrio con el adelantamiento de las funciones de las demás instituciones públicas. Parte del equilibrio en el ejercicio de sus funciones es garantizar su absoluta independencia.

Como vehículo que garantiza su independencia se encuentra el sistema de elección del Fiscal General de la Nación que fue creado en la Constituyente. Ese sistema a su vez garantiza que el uso del poder que la ley le confiere se haga de manera equilibrada en lo que respecta a las demás entidades públicas.

Ahora bien, actualmente el Vicefiscal tiene la función de suplir las faltas absolutas del Fiscal General de la Nación. Sin embargo, de conformidad con la presente propuesta legislativa, el

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

equilibrio del poder se garantizaría en una mayor medida si esa función queda a cargo de un Fiscal Interino. Esto, en últimas, se corresponde con el actual sistema de elección del Fiscal General de la Nación, toda vez que la asunción de ese cargo estaría en cabeza de un órgano distinto.

Aunque la determinación según la cual el Vicefiscal debe asumir el cargo de Fiscal General mientras se agota el proceso de elección de la nueva persona que ocupará el cargo, no vulnera el principio de equilibrio de poderes, es claro que existirá mayor fortaleza institucional si el sistema permite generar los incentivos adecuados para que en la dirección de la Entidad siempre esté un funcionario en propiedad.

En la elección y nombramiento del Fiscal General se encuentran involucradas varias ramas del poder público, esto implica que las entidades involucradas en el proceso de elección puedan ejercer una especie de control político de las actuaciones del Fiscal, pues de ellas se deriva la legitimidad y la legalidad de sus actuaciones.

#### **IV. La designación de un Fiscal especial no desconoce las competencias que en materia de nominación y elección del Fiscal General de la Nación define la Constitución de 1991**

Una objeción que podría plantearse al presente proyecto de ley es que la designación de un fiscal especial, en los términos del articulado propuesto, desconoce las competencias que, en materia de nominación y elección del Fiscal General de la Nación define la Constitución de 1991. Al respecto, de acuerdo con el artículo 249 de la Carta Política “[e]l 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” (negrilla fuera de texto).

Así, mediante el procedimiento propuesto se tiene que el Fiscal interino sería elegido de una forma diferente, lo que podría implicar la inconstitucionalidad de la norma propuesta. Sin embargo, esa interpretación desconoce la naturaleza y objetivo de la norma, según se expone a continuación:

#### **El nombramiento de los funcionarios llamados a reemplazar interinamente al titular de un cargo ante una falta absoluta, debe ser diferente al establecido en las normas constitucionales**

La Constitución Política de Colombia define, en diferentes artículos, las reglas que deben ser observadas para el nombramiento en propiedad de los funcionarios que tienen a su cargo el manejo de la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, los magistrados de las Altas Cortes, etc. Sin embargo, no define qué debe hacerse ante las faltas absolutas de dichos funcionarios mientras el cargo es surtido en propiedad. De ese asunto se han ocupado indistintamente desde las leyes hasta los reglamentos de las entidades del Estado.

Así, por ejemplo, en la Corte Constitucional ante la falta absoluta de un magistrado por el vencimiento de su periodo, el reglamento de la Corporación define que los demás magistrados, en Sala Plena, elegirán un magistrado encargado. Nótese que dicha regla no considera para la elección del magistrado interino, la participación de las diferentes instancias que participaron en la nominación y elección del magistrado en propiedad. Lo anterior, porque dicho procedimiento resulta tener la misma magnitud que el diseñado por la Constitución para la elección de los titulares y podría generar que durante un periodo importante de tiempo la magistratura quedase vacante.

En el mismo sentido, la fórmula adoptada hasta la fecha por la Fiscalía General de la Nación, conforme a la cual ante las faltas absolutas del Fiscal General, el Vicefiscal asumía la dirección de la Entidad, tampoco es equivalente a las reglas diseñadas por la Constitución para la elección en propiedad del Fiscal General de la Nación. Lo anterior, porque el surtimiento de un cargo ante una falta absoluta es un caso excepcional que no puede estar regulado por la Constitución, cuyo objeto es servir de hoja de ruta para el desarrollo institucional del Estado. En el mismo sentido, exigir que la nominación y elección de un funcionario interino se rija por los mismos parámetros que el nombramiento de un funcionario en propiedad, desconoce la excepcionalidad de este tipo de figuras y podría convertirse en una barrera que impida el correcto funcionamiento de las entidades del Estado. Por lo anterior, de la misma forma en que hasta el momento, el procedimiento para surtir las faltas absolutas del Fiscal General de la Nación ha sido reglamentado por ley, se propone que mediante esta nueva norma, por mandato legal, sea el Presidente de la República quien designe a un fiscal interino, mientras se surte el procedimiento previsto en la Constitución para proveer el cargo en propiedad.

#### **V. 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, independencia y transparencia en las actuaciones penales y tiene como objeto fortalecer institucionalmente la entidad a través de sistemas que permiten que la Fiscalía esté dirigida por un funcionario en propiedad.

De conformidad con lo anterior, la Constitución Política de 1991 consagró, en su artículo 251<sup>21</sup>, 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 criminal y **presentar proyectos de ley al respecto**”<sup>22</sup> (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 amplia<sup>23</sup>, se justifica plenamente en la posición jerárquica que ese funcionario ocupa dentro

---

<sup>21</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 003 de 2002.

<sup>22</sup> Numeral 4 del artículo 251 de la Constitución Política de 1991.

<sup>23</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó que “la iniciativa legislativa del Fiscal es más amplia que la del Defensor del Pueblo (artículo 282 numeral 6) y el Procurador General de la Nación (artículo 278 numeral 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.

de la Entidad que lidera<sup>24</sup> y que, indudablemente, “le otorga una perspectiva única y cualificada que resulta valiosa para el diseño de la política [criminal] estatal”<sup>25</sup>

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.

### **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 jurisdicción<sup>26</sup> (...)”<sup>27</sup>.

Además, aunque se trata de una política que implica la estructuración y ejecución de medidas más amplias que las previstas por el derecho penal<sup>28</sup>, en todo caso, “el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas”<sup>29</sup>. Por esa razón, la configuración e implementación de esas medidas están íntimamente relacionadas con las distintas fases de criminalización -primaria, secundaria y terciaria-<sup>30</sup>.

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 le 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**

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>26</sup> [cita incluida en el texto] C-646 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa)

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Igualmente ver: Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001.

<sup>28</sup> *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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> *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.

circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”<sup>31</sup> (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 criminalización secundaria y de su formulación<sup>32</sup>, 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”<sup>33</sup>.

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”<sup>34</sup>.

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 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

SENADO DE LA REPÚBLICA  
Secretaría General (Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

<sup>31</sup> Primer inciso del artículo 250, Constitución Política de 1991.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Numeral 4 del artículo 251, Constitución Política de 1991.

El día 2 del mes de agosto del año 2016 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 65, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el Fiscal General de la Nación, doctor *Néstor Humberto Martínez*.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

SENADO DE LA REPÚBLICA  
SECRETARÍA GENERAL  
Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 65 de 2016 Senado, *mediante la cual se regula la designación de un Fiscal General de la Nación interino*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el Fiscal General de la Nación doctor *Néstor Humberto Martínez Neira*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones Constitucionales y Legales.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase

El Presidente del honorable Senado de la República,

*Mauricio Lizcano Arango.*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

\* \* \*

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 66 DE 2016 SENADO**

*mediante la 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.

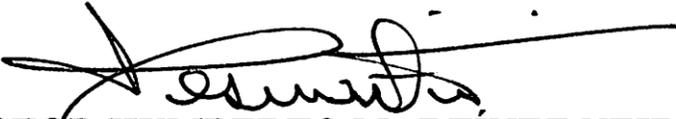
Parágrafo. En todos los casos en que el Fiscal General de la Nación acepte la recusación deberá comunicar su decisión a la Corte Suprema de Justicia con el fin de que esta inicie el trámite para designar el Fiscal *ad hoc* que conocerá del proceso”.

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 esta 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 Decretoley 016 de 2014.

  
**NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA**  
Fiscal General de la Nación

### 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><b>Artículo 58. Impedimento del Fiscal General de la Nación.</b> 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 conociendo de la</p>	<p><b>Artículo 1°.</b> 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 Corte Suprema de Justicia oficiará al Presidente de la República para</p>

NORMA ACTUAL	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN O INCLUSIÓN
actuación el Vicefiscal General de la Nación.	<p>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><b>Parágrafo.</b> 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 esta inicie el trámite para designar el Fiscal <i>ad hoc</i> que conocerá del proceso.</p>
Inclusión	<p><b>Artículo 2°.</b> 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 prestará toda la colaboración logística que requiera el Fiscal <i>ad hoc</i> en las investigaciones que adelante. Además, corresponderá a este 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><b>Artículo 3°.</b> 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, esta 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 Constitución<sup>1</sup>.

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 principios<sup>2</sup>:

- *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”<sup>3</sup>.

#### **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:

“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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> “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 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.

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

de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)”<sup>4</sup> (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 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”<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Artículo 8° Pacto de San José. Convención Americana de Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>5</sup> 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.

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

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

Finalmente consideró que “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”<sup>8</sup>.

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”<sup>9</sup>. 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”<sup>10</sup>.

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 instancia<sup>11</sup>.

### **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 justicia<sup>12</sup> y hacen parte de las garantías del debido proceso<sup>13</sup>. 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. (...)”<sup>14</sup>.

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

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párr. 147.

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

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Ibíd.* Párr. 7.3.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-323 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>13</sup> Entre otras ver: Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 2011.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.

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 solo 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. artículo 209)<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, destacó que las enunciadas garantías son un derecho subjetivo de los ciudadanos dado que, forman parte del derecho al debido proceso<sup>16</sup>.

En lo que respecta a la imparcialidad, el Alto Tribunal reconoció que esta tiene una doble naturaleza. Por un lado, se trata de las características esenciales de la función de administrar justicia<sup>17</sup>, y por otro lado es un derecho subjetivo que integra el conjunto de garantías del derecho al debido proceso<sup>18</sup>. Además precisó:

“La imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (artículo 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no solo 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”<sup>19</sup>. (Subrayado fuera del texto).

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 FISCALÍA 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.

---

<sup>15</sup> “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.

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

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-323 de 2006.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2011.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-036 de 1996.

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 56<sup>20</sup> determina los eventos en los que el 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:

“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

---

<sup>20</sup> “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.
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”. Artículo 56 Ley 906 de 2004.

fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.”<sup>21</sup> (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 expresamente señalados por la ley en aras de sustentar su procedencia”<sup>22</sup>.

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”<sup>23</sup>. (Subrayado fuera del texto).

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 este 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 General<sup>24</sup>.

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**

---

<sup>21</sup> Artículo 63 Ley 906 de 2004.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad 41103 impedimento. Aprobado Acta número 297. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero. 10 de septiembre de 2013.

<sup>23</sup> Artículo 58 Ley 906 de 2004.

<sup>24</sup> “En el caso del Fiscal General de la Nación su nominador, esto es, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (artículo 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.

## **QUE EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN SE DEBA APARTAR NO DEBEN SER COMPETENCIA DEL VICEFISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**

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 penal<sup>25</sup> y la norma que define la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación<sup>26</sup>.

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 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 normativo<sup>27</sup>.

Ahora bien, como el propósito de la competencia constitucional del Fiscal es que se den las mayores garantías posibles, aun cuando este 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.

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

---

<sup>25</sup> Artículo 58 Ley 906 de 2004 y Artículo 116 Ley 600 de 2000.

<sup>26</sup> Núm. 4 artículo 15 Decreto-ley 016 de 2014.

<sup>27</sup> Artículo 56 Ley 906 de 2004.

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 Política<sup>28</sup>. Esto implica que sus decisiones deben estar cobijadas por el principio de independencia judicial, de manera tal que se garantice la imparcialidad en las decisiones que adopte<sup>29</sup>.

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 jurídico<sup>30</sup>. Además, consagró la aplicabilidad del régimen de impedimentos y recusaciones a la Fiscalía General de la Nación<sup>31</sup>.

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.

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 (artículo 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,

---

<sup>28</sup> “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.” Artículo 116 C.N.

<sup>29</sup> “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.” Artículo 228 C.N.

<sup>30</sup> “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.” Artículo 115 L 906 de 2004.

<sup>31</sup> “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). Artículo 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.” Artículo 58 CPP.

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”* (Artículo 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”* (Artículo 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”* (Artículo 27 C.P.P.)<sup>32</sup> (Subrayado fuera del texto).

Cosa distinta ocurre cuando se trata de los casos cuyo régimen procesal es la Ley 600 de 2000, pues en este 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”<sup>33</sup>.

---

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

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003. M.P. Manuel José 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, este 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 constitucional<sup>34</sup>.

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 determinaciones<sup>35</sup> o requieren de su delegación<sup>36</sup>. 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*”<sup>37</sup>.

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 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**

---

<sup>34</sup> “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 Artículo 251 C.N.

<sup>35</sup> Núm. 1, 6, 9, 11, 13, 14 y 19 Artículo 15 Decreto-ley 016 de 2014.

<sup>36</sup> Núm. 2, 3, 12, 20, 22 y 25 Artículo 15 Decreto-ley 016 de 2014.

<sup>37</sup> Núm. 3 Artículo 15 Decreto-ley 016 de 2014.

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”<sup>38</sup>. (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 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.”<sup>39</sup> (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 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)

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

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

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 proceso<sup>40</sup> reconocido por la Constitución Política<sup>41</sup> el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC)<sup>42</sup> y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>43</sup>.

La Corte Constitucional ha reconocido la inescindible relación entre esta garantía con el derecho fundamental al debido proceso. 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 (artículos 228 y 230 C. Pol.).

En este sentido, el juez natural es aquel 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<sup>44</sup>.

**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.

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>41</sup> Artículo 29 C.N.

<sup>42</sup> “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.” Artículo 14.1 PIDC.

<sup>43</sup> Artículo 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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”* (...)”<sup>45</sup>.

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 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 suficiente<sup>46</sup>. Es decir, que sus características sean adecuadas para resolver los casos que se ponen a su consideración.

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2003. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. C-594 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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: “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 prestablecida 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 sí 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*<sup>47</sup>.

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 prestablecidas.

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.

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002.

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

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 esta.

#### **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 251<sup>48</sup>, 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 criminal y **presentar proyectos de ley al respecto**<sup>49</sup> (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 amplia<sup>50</sup>, se justifica plenamente en la posición jerárquica que ese funcionario ocupa dentro

---

<sup>48</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 003 de 2002.

<sup>49</sup> Numeral 4 del artículo 251 de la Constitución Política de 1991.

<sup>50</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó que “la iniciativa legislativa del Fiscal es más amplia que la del Defensor del Pueblo (artículo 282 num. 6) y el Procurador General de la Nación (artículo 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.

de la Entidad que lidera<sup>51</sup> y que, indudablemente, “le otorga una perspectiva única y cualificada que resulta valiosa para el diseño de la política [criminal] estatal”<sup>52</sup>.

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.

### **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 jurisdicción<sup>53</sup> (...)”<sup>54</sup>.

Además, aunque se trata de una política que implica la estructuración y ejecución de medidas más amplias que las previstas por el derecho penal<sup>55</sup>, en todo caso, “el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas”<sup>56</sup>. Por esa razón, la configuración e implementación de esas medidas están íntimamente relacionadas con las distintas fases de criminalización –primaria, secundaria y terciaria–<sup>57</sup>.

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**

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

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

<sup>55</sup> *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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> *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.

circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”<sup>58</sup> (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 criminalización secundaria y de su formulación<sup>59</sup>, 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”<sup>60</sup>.

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”<sup>61</sup>.

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 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

SENADO DE LA REPÚBLICA  
Secretaría General (Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

---

<sup>58</sup> Primer inciso del artículo 250, Constitución Política de 1991.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Numeral 4 del artículo 251, Constitución Política de 1991.

El día 2 del mes de agosto del año 2016 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 66 de 2016 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el Fiscal General de la Nación, doctor *Néstor Humberto Martínez Neira*.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

SENADO DE LA REPÚBLICA  
SECRETARÍA GENERAL  
Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el **Proyecto de ley número 66 de 2016 Senado**, mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General, por el Fiscal General de la Nación *Néstor Humberto Martínez Neira*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

Presidente del honorable Senado de la República,

*Mauricio Lizcano Arango.*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

\* \* \*

## PROYECTO DE LEY NÚMERO 67 DE 2016 SENADO

*mediante la cual se fortalece el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Designación del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación.* “La Corte Suprema de Justicia designará al Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que ejerza las funciones que le ha asignado la ley, específicamente las dispuestas en el artículo 13 del Decreto Ley 016 de 2014. El funcionario tendrá un periodo de cuatro años que iniciará en la mitad del periodo del Fiscal General de la Nación.

Parágrafo. Dentro de los treinta (30) días siguientes al término de cada año de gestión del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación, este funcionario deberá presentar un informe general de la situación de la Entidad a la Corte Suprema de Justicia. Dicho informe será publicado en la página web de la Entidad”.

Artículo 2°. Adiciónese el numeral 22 del artículo 4° del Decreto 016 de 2014, el cual quedará así:

“**Artículo 4°. Funciones del Fiscal General de la Nación.** El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes:

(...)

22. Nombrar y remover al Vicefiscal General de la Nación y demás servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y decidir sobre sus situaciones administrativas, con excepción del Director de Control Interno, quien será designado por la Corte Suprema de Justicia para un periodo de cuatro años que iniciará en la mitad del periodo del Fiscal General de la Nación”.

Artículo 3°. Créese el numeral 28 al artículo 4° del Decreto Ley 016 de 2014, en los siguientes términos:

“**Artículo 4°.** El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes:

(...)

28. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la finalización de cada año de gestión, deberá presentar ante la Corte Suprema de Justicia un informe general de rendición de cuentas, sobre el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la Entidad. Dicho informe deberá reflejar de manera integral la administración del respectivo año de gestión. La Corte Suprema de Justicia podrá citar al Fiscal General de la Nación para que haga una exposición pormenorizada del citado informe, el cual será publicado en la página web de la Entidad”.

Artículo 4°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.



**NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA**  
Fiscal General de la Nación

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de ley pretende implementar mecanismos para fortalecer el control y la rendición de cuentas de la Fiscalía General de la Nación. Con ese propósito, en primer lugar, propone introducir al ordenamiento jurídico una norma que permita que el Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación sea designado por la Corte Suprema de Justicia, por un periodo que iniciará y culminará en la mitad del periodo del Fiscal General de la Nación. Adicionalmente, determina que al término de cada año de su gestión, el Director de Control Interno de la Fiscalía deberá presentar un informe general de la situación de la Entidad a la Corte Suprema de Justicia, que además, deberá ser publicado en la página web de la Entidad.

En segundo lugar, la propuesta incluye una adición al numeral 22 del artículo 4° del Decreto 016 de 2014, con el fin de modificar la facultad nominadora del Fiscal General de la Nación, respecto del Director de Control Interno.

Finalmente, pretende adicionar un numeral al artículo 4° del Decreto 016 de 2014, que define las funciones del Fiscal General de la Nación. En ese sentido, plantea un procedimiento de rendición de cuentas mediante el cual el alto funcionario presente anualmente, a la Corte Suprema de Justicia, la gestión que ha adelantado en la Entidad.

A continuación se expondrán los motivos que fundamentan esta iniciativa. Para ello, en primer lugar, se ilustra que las propuestas del proyecto tienen unidad de materia y por lo tanto, pueden integrar un único proyecto de ley. En segundo lugar, se exponen los fundamentos constitucionales que sustentan la designación del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia y la adición tendiente a modificar la facultad nominadora del Fiscal General de la Nación en ese sentido. En tercer lugar, se indican los fundamentos para crear un procedimiento de rendición de cuentas mediante el cual el Fiscal General de la Nación presente anualmente, a la Corte Suprema de Justicia, la gestión que ha adelantado en la Entidad. Finalmente, se hace referencia a la facultad constitucional que tiene el Fiscal General de la Nación para presentar proyectos de ley en relación con la estructuración de la política criminal.

#### **A. UNIDAD NORMATIVA EN EL PROYECTO DE LEY**

Las propuestas legislativas de este proyecto de ley cumplen con el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, conforme al cual “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”<sup>1</sup>. De conformidad con el Tribunal Constitucional, ese principio:

---

<sup>1</sup> Artículo 158, Constitución Política de 1991.

“[S]e traduce en la exigencia de que en toda ley debe existir correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexidad interna entre las distintas normas que la integran”<sup>2</sup>.

Con la finalidad de ilustrar el cumplimiento del principio de unidad de materia en la presente propuesta, a continuación se hará mención a las razones por las cuales se cumplen las condiciones básicas de ese mandato, que han sido explicadas por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“(i) definir con **precisión**, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una **estricta relación interna**, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad”<sup>3</sup> (negrilla fuera del texto).

### **1. Precisión sobre la materia de la que se va a ocupar la ley**

La presente propuesta normativa se titula “Proyecto de Ley mediante el cual se fortalece el control y la rendición de cuentas de la Fiscalía General de la Nación”. Por lo anterior, la materia de la que trata toda la iniciativa se relaciona -en su integridad- con la creación de mecanismos que permitan ejercer un control transparente, imparcial y público sobre la gestión que se adelanta al interior de la Entidad.

A partir de lo expuesto, es claro que la temática de este proyecto es precisa, pues no abarca materias distintas a los medios para adelantar el control y la rendición de cuentas de la Entidad.

### **2. Estricta relación interna entre las normas que harán parte de la ley**

El presente proyecto de ley propone, en primer lugar, la designación del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia y la presentación de un informe a la misma Corporación, una vez finalice cada año de su gestión. En segundo lugar, sugiere la presentación de un informe anual de gestión por parte del Fiscal General de la Nación a la Corte Suprema de Justicia.

A partir del contenido de esas propuestas, se puede colegir que entre las mismas hay una estricta relación interna, “desde una perspectiva sustancial”<sup>4</sup>. En últimas, se trata de propuestas conexas, toda vez que se relacionan con iniciativas sobre la implementación de controles a la gestión de la Entidad por parte de una misma Corporación. Igualmente, esta iniciativa promueve la materialización de los principios de la función pública, tales como la coordinación, colaboración armónica, transparencia y acceso proactivo a la información.

## **B. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DESIGNACIÓN DEL DIRECTOR DE CONTROL INTERNO DE LA FISCALÍA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA PRESENTACIÓN DE UN INFORME A ESA CORPORACIÓN AL FINALIZAR CADA AÑO DE SU GESTIÓN**

Con la finalidad de sustentar la propuesta relacionada con la designación del Director de Control Interno de la Fiscalía por la Corte Suprema de Justicia y la presentación de un

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>3</sup> Ibídem.

<sup>4</sup> Ibídem.

informe general del estado de la Entidad a la misma Corporación –una vez finalice cada año de su gestión–, a continuación: (i) se exponen las adiciones que propone el presente proyecto de ley, con la finalidad de determinar el estado actual de la norma y cómo quedaría con la presente propuesta, (ii) se hace una descripción de cómo funciona el ejercicio de control interno en términos de la designación de sus jefes o coordinadores. Para ello nos referiremos específicamente la situación actual de elección en la Fiscalía General de la Nación. Posteriormente, (iii) se desarrollarán los fundamentos constitucionales que le dan soporte a esta iniciativa, y (iv) a modo de conclusión, se presentarán las razones que inspiran esta iniciativa.

### 1. Modificación normativa propuesta

A continuación se encuentra un cuadro comparativo con el cual es posible ilustrar el cambio sugerido por esta iniciativa.

<p><b>Numeral 22, artículo 4° del Decreto 016 de 2014 “por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.</b></p>	<p><b>Propuesta de adición al Numeral 22, artículo 4° del Decreto 016 de 2014 “por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.</b></p>
<p><b>Artículo 4°. <i>Funciones del Fiscal General de la Nación.</i></b> El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes: (...) 22. Nombrar y remover al Vicefiscal General de la Nación y demás servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y decidir sobre sus situaciones administrativas.</p>	<p><b>Artículo 4°. <i>Funciones del Fiscal General de la Nación.</i></b> El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes: (...) 22. Nombrar y remover al Vicefiscal General de la Nación y demás servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y decidir sobre sus situaciones administrativas, <u>con excepción del Director de Control Interno, quien será designado por la Corte Suprema de Justicia por un periodo que iniciará y culminará en la mitad del periodo del Fiscal General de la Nación.</u></p>

### 2. Fundamentos de la iniciativa legislativa

Este proyecto de ley tiene como fin que el Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación sea elegido por la Corte Suprema de Justicia, órgano sobre el que recae la facultad nominadora del Fiscal General de la Nación. Ello porque se considera que esta designación contribuye a ejercer la función administrativa y a garantizar una auditoría más abierta, pública, objetiva y autónoma, de acuerdo a los principios constitucionales establecidos en el artículo 209 Superior.

Para exponer los fundamentos de esta iniciativa, a continuación, (i) se expone la importancia de la labor del control interno en las entidades estatales y (ii) hace referencia a la necesidad de ejercer la gestión de lo público desde los principios que rigen la función pública.

#### **a) La importancia del ejercicio del control interno en las entidades estatales**

Para el cumplimiento de los fines del Estado se requiere la observancia de los principios en que se funda la administración pública. Además, para lograr correctamente dichos fines, se requiere de una serie de controles que se han instituido para verificar y evaluar la manera en que se desarrollan las funciones públicas, uno de ellos es el control interno.

El ejercicio del control interno en las entidades del Estado resulta ser una obligación de rango constitucional, el artículo 269 Superior determina que:

“En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley (...)”<sup>5</sup>.

Por su parte, el artículo 209 en su inciso 2° señala que: “[I]as autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”<sup>6</sup>. Si bien este artículo hace referencia específica a la rama ejecutiva, el principio que la orienta resulta de especial importancia para este caso.

Así, en atención a los mencionados mandatos constitucionales, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en la importancia del sistema de control interno en las entidades del Estado, pues por medio de su ejercicio resulta posible cumplir con los fines del Estado de la mejor manera, cumpliendo los principios de la función administrativa<sup>7</sup>.

Así, el principal control existente de las Entidades del Estado es el ejercido por las oficinas de Control Interno. Dado que el buen ejercicio del control interno permite la materialización de los principios que menciona el artículo 209 Superior, cualquier mecanismo tendiente a reforzar los principios que rigen la función administrativa constituyen una iniciativa importante para mejorar la efectividad de las labores de una entidad el Estado.

#### **b) La presente iniciativa permite la materialización de los principios que rigen la función pública**

El proyecto de ley objeto de análisis en este documento permite que se materialicen varios de los principios que rigen la gestión pública. Así, al trasladar la función nominadora del Director de Control Interno del Fiscal General de la Nación a la Corte Suprema de Justicia, se busca que las funciones del control interno se desarrollen con especial imparcialidad, independencia y transparencia.

##### ***i) Sobre la nominación del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia***

El principio de imparcialidad, en el que se encuentra la independencia en las decisiones, es uno de los cuales se materializa con la entrada en vigencia de esta norma. Aunque si bien, generalmente se habla de imparcialidad en decisiones judiciales, el Director de Control Interno debe verificar y evaluar la manera en que se desarrollan las funciones en la Entidad,

---

<sup>5</sup> Artículo 269, Constitución Política de 1991.

<sup>6</sup> Inciso 2° del artículo 209, Constitución Política de 1991.

<sup>7</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia C-1192 de 2000, M.P. Vladimiro Mesa Naranjo.

a partir del Sistema de Control Interno dispuesto. En dicha actividad, debe emitir un juicio de valor, al encontrar hallazgos o aspectos a mejorar. Respecto al mencionado principio la Corte Constitucional ha considerado que:

“La imparcialidad representa, pues, el principio más depurado de la independencia y la autonomía judiciales o de quien, conforme la Constitución y la ley, le ha sido reconocido un poder de juzgar a otros individuos, pues no sólo lo hace independiente frente a los poderes públicos, sino también, frente a sí mismo<sup>8</sup>. Como se sostuvo en el auto A-188A de 2005, se trata de la fórmula con que se recoge la tradición jurídica de la humanidad, desde la cual se ha considerado universalmente como forma de resolver conflictos la intervención de un tercero, ajeno al conflicto; pero también se trata de que -aunque con algunas excepciones- los conflictos se resuelvan a través de la manera ofrecida por el Estado, esto es, mediante la implementación de un proceso adelantado por un juez y con la potestad de hacer cumplir la solución que se impartió al conflicto”<sup>9</sup>.

Así, resulta importante que el juicio de valor a emitir se otorgue de la manera más “libre” posible y para ello resulta importante que el nominador sea una persona distinta al superior jerárquico del Director. Lo anterior, no significa de manera alguna que la regla general y actual de designación de los jefes de control interno sea inconstitucional. Sin embargo, se considera que la elección por parte de un ente distinto al superior jerárquico garantiza de manera reforzada la existencia de imparcialidad en las decisiones.

***ii) Sobre la presentación de un informe de gestión por parte del Director de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación a su ente nominador, la Corte Suprema de Justicia***

La posibilidad de que el Director de Control Interno presente un informe de gestión a su ente nominador promueve la colaboración armónica, el control recíproco y la coordinación entre las dos entidades, si se tiene en cuenta además, que esta iniciativa legislativa propone que la designación de dicho funcionario sea hecha por la Corte Suprema de Justicia.

Así, en relación con el principio de colaboración armónica y control recíproco entre los órganos, es posible determinar que la iniciativa permite la materialización de estos principios. La entrega de un informe de gestión por parte del Director de Control Interno a su ente nominador, permite cumplir la tarea de administrar justicia de manera eficiente y coordinada. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que:

“Así las cosas, en primer lugar, la distribución de funciones separadas entre los diferentes órganos constituye un instrumento para limitar y controlar el ejercicio del poder, de una parte, y para asegurar la especialización funcional de los diferentes órganos de manera que cumplan eficientemente las tareas a su cargo, de otra. A su vez, en segundo lugar, el mandato de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado asegura la concurrencia de diferentes perspectivas y medios de acción para optimizar los fines que justifican y orientan las actividades del Estado. En todo caso, al amparo de este último mandato no pueden adoptarse medidas que, como lo precisa la Corte, impliquen una invasión competencial”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> [cita incluida en el texto] Al respecto, vid. G. Zagrebelsky. ¿Qué es ser juez constitucional? En Estudios constitucionales. Santiago, Año 6, N° 2, 2008, pp. 561-565 (traducción de Miguel Carbonell).

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-247 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

Los fundamentos que se expondrán para la segunda propuesta normativa de este proyecto de ley<sup>11</sup> son aplicables a este asunto.

### **3. Propósitos del proyecto de ley en lo relacionado con la designación del Director de Control Interno y los informes que debe rendir ante la Corte Suprema de Justicia**

La iniciativa legislativa estudiada en este aparte tiene como propósito principal que la función que ejerce el Director de Control Interno se desarrolle en atención a los principios que sirven de pilar a la función administrativa. Se espera que con la entrada en vigencia de esta norma, el Control Interno de la Entidad sea más eficiente y se ejerza con un mayor grado de imparcialidad.

Ello es importante, por cuanto las funciones que se le han otorgado a este Director se relacionan con “[p]lanear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del Sistema de Control Interno de la Fiscalía General de la Nación”<sup>12</sup>, y esto es transversal a todas las actividades que se realizan al interior de la Entidad.

Por lo que además, resulta importante, como materialización de los principios de colaboración y coordinación, la presentación de un informe de gestión del Director de Control Interno. Lo cual permite un control sobre la gestión del funcionario en el ejercicio de sus funciones.

### **C. FUNDAMENTOS PARA CREAR UN PROCEDIMIENTO DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA GESTIÓN ADELANTADA EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

A continuación se expondrán los motivos que fundamentan esta segunda propuesta normativa. Para ello, (i) se especifica cuál es la adición sugerida mediante esta propuesta, con la finalidad de ilustrar la norma actual y cómo quedaría con la adición, (ii) se hace referencia a la situación de los controles a la gestión adelantada por la Fiscalía General de la Nación, (iii) se desarrollan los fundamentos constitucionales que le dan soporte a esta iniciativa, (iv) se exponen las principales finalidades de la propuesta.

#### **1. Adición normativa propuesta**

Se propone adicionar un nuevo numeral al artículo 4° del Decreto Ley 016 de 2014 del siguiente tenor:

Artículo 4°. El Fiscal General de la Nación, además de las funciones especiales definidas en la Constitución Política y en las demás leyes, cumplirá las siguientes:

(...)

28. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la finalización de cada año de gestión, deberá presentar ante la Corte Suprema de Justicia un informe general de rendición de cuentas, sobre el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la Entidad. Dicho informe deberá reflejar de manera integral la administración del respectivo año de gestión. La Corte Suprema de Justicia podrá citar al Fiscal General de la Nación para que haga una exposición pormenorizada del citado informe.

#### **2. Situación actual de los controles a la gestión de la Fiscalía General de la Nación**

El artículo 249 de la Constitución Política de Colombia dispone:

---

<sup>11</sup> Es decir sobre aquella que sugiere que el Fiscal General de la Nación presente un informe general de rendición de cuentas anual a la Corte Suprema de Justicia.

<sup>12</sup> Numeral 1, artículo 13, Decreto 016 de 2014.

“**Artículo 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”.

Conforme a lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial y por expreso mandato constitucional, goza de autonomía administrativa y presupuestal. Ahora, dicha autonomía no significa que la gestión de la Entidad carezca de control. Es decir, la autonomía consagrada en la Constitución no es de carácter absoluto<sup>13</sup>.

Un ejemplo de lo anterior es que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), determinó que la Contraloría General de la República ejercería un control fiscal del Ente Acusador, así:

“La Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal, sin perjuicio del control fiscal ejercido por el Contralor General de la Nación”<sup>14</sup>.

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 270 de 1996. Al respecto, el alto Tribunal consideró que el Constituyente le otorgó un estatus especial a la Fiscalía, respecto de las demás entidades de la rama, sin perjuicio del control fiscal que ejerce la Contraloría. En palabras de la Corte:

“De conformidad con el último inciso del artículo 249 constitucional, la Fiscalía General de la Nación, no obstante formar parte de la rama judicial, cuenta con autonomía administrativa y presupuestal para el debido cumplimiento de su labor investigativa y acusatoria. Con lo anterior quiso el Constituyente que esta entidad gozara, por así decirlo, de un status especial respecto de las demás entidades de la rama, lo que implica que ella no tiene por qué depender de las decisiones que le corresponde adoptar al Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de las atribuciones consignadas en los artículos 256 y 257 superiores. Lo expuesto no obsta para que de conformidad con el artículo 267 de la Carta Política, la Contraloría General de la República pueda ejercer el correspondiente control fiscal, pues sin lugar a dudas se trata de vigilar a una entidad del Estado que administra fondos y bienes de la Nación”<sup>15</sup>.

Es así que las funciones que desarrolla la Contraloría abarcan un control financiero, de gestión y de resultados, a saber:

“En el artículo 267 de la Constitución Política se establece que la Contraloría General de la República es la entidad encargada de ejercer el control fiscal, esto es, de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de

---

<sup>13</sup> “(...) la autonomía proclamada a favor de la Fiscalía no es absoluta y por ello ese organismo debe actuar en consonancia con las competencias constitucionales de los demás órganos del Estado”. Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>14</sup> Artículo 28, Ley 270 de 1996.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

la Nación<sup>16</sup>. Dicha vigilancia incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Allí mismo se señala que el control se ha de realizar en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley<sup>17</sup>.

Otro control a la gestión de la Fiscalía se encuentra en el artículo 104<sup>18</sup> de la Ley 270 de 1996. Ese artículo establece que, entre otros, la Fiscalía General de la Nación debe presentar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura los informes que esta requiera, de acuerdo a los lineamientos que se encuentran en los reglamentos de dicha Corporación.

Finalmente, resulta importante mencionar que en atención a los principios de transparencia, publicidad y participación que ilustran la función pública, la Fiscalía General de la Nación anualmente publica un informe de gestión en el cual se muestra un estado actual de la Entidad en relación con el ejercicio de sus funciones misionales y desde una perspectiva de administración de la Entidad. De igual manera, se realizan audiencias públicas de rendición de cuentas con la participación de funcionarios de la Entidad, en las cuales se le presenta a la ciudadanía un informe de gestión, para que conozcan el estado de la Entidad.

### **3. Fundamentos de la iniciativa legislativa**

La presente propuesta legislativa busca implementar y complementar un mecanismo de rendición de cuentas a cargo del Fiscal General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia, entidad que por mandato constitucional se encarga de elegirlo<sup>19</sup>. El principal fundamento de esta iniciativa se encuentra en los principios de la función pública de transparencia, publicidad, coordinación, colaboración armónica y control entre los órganos del Estado.

Con la finalidad de presentar los fundamentos de esta iniciativa, a continuación (1) se expone el alcance de los principios de transparencia, publicidad y divulgación proactiva de la información, que son los mandatos constitucionales que se buscan materializar mediante esta propuesta. Así mismo (2), se explica que la presente iniciativa constituye una manifestación de la coordinación, colaboración armónica y control entre los órganos del Estado.

#### **a) La propuesta legislativa contribuye a materializar el alcance y contenido de los principios de transparencia, publicidad y divulgación proactiva de la información**

---

<sup>16</sup> Acerca de la importancia y naturaleza del control fiscal y la Contraloría General de la República, consultar, entre otras, las sentencias C-529 de 1993 y C-167 de 1995.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-431 de 2015, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>18</sup> “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, los Tribunales y los Juzgados deberán presentar, conforme a la metodología que señalen los reglamentos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los informes que esta solicite para el cabal ejercicio de sus funciones. // Dichos informes, que se rendirán cuando menos una vez al año, comprenderán, entre otros aspectos, la relación de los procesos iniciados, los pendientes de decisión y los que hayan sido resueltos”. Artículo 104, Ley 270 de 1996.

<sup>19</sup> Artículo 249, Constitución Política de 1991. “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” (negrilla fuera del texto).

La adición legal de la función del Fiscal General de la Nación de elaborar y presentar, anualmente, un informe de rendición de cuentas ante la Corte Suprema de Justicia, constituye la materialización de los principios de transparencia, publicidad y divulgación proactiva de la información.

#### ***i) Principios de transparencia y publicidad***

La Constitución Política de Colombia consagró los principios de transparencia y publicidad como presupuestos del ejercicio eficiente y adecuado de la función pública. De conformidad con la Corte Constitucional, esos mandatos se justifican en la necesidad de garantizar que el manejo del poder de las autoridades públicas no sea arbitrario, sino que, por el contrario, esté plenamente justificado y limitado.

En ese sentido, cuando el alto Tribunal constitucional se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de la Ley 1097 de 2006<sup>20</sup>, estableció que una de las formas de garantizar la transparencia y publicidad de la gestión pública es la divulgación de la información, pues permite comprender cómo se ha ejercido el poder estatal. Al respecto, estableció:

“El constitucionalismo contemporáneo, del cual hace parte la Constitución nacional, rechaza la tesis según la cual la gestión estatal, para ser eficiente en el logro de sus resultados, debe ampararse en el secreto. Por el contrario, para la Constitución la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública. Las decisiones o actuaciones de los servidores públicos que no se quieren mostrar son usualmente aquellas que no se pueden justificar. Y el uso secreto e injustificado del poder del Estado repugna al Estado de derecho y al adecuado funcionamiento de una sociedad democrática”<sup>21</sup> (subraya fuera del texto).

Igualmente, el Tribunal Constitucional manifestó que la adecuada implementación de la publicidad y transparencia requiere mecanismos que compelan a las autoridades públicas a rendir cuentas a la ciudadanía sobre “las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos”<sup>22</sup>. Dentro de esos mecanismos, se encuentra la materialización del derecho constitucional de acceso a la información pública. Esa facultad y obligación está consagrada en el artículo 74 de la Constitución Política de 1991. De conformidad con la mencionada disposición:

“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley (...)”<sup>23</sup>.

En desarrollo de esa disposición constitucional, la Ley 1712 de 2014 “[p]or medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, consagró el principio de transparencia como un mandato que debe guiar la garantía del derecho de acceso a la información pública. El referido mandato fue definido en el artículo 3° de esa ley en los siguientes términos:

“Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a

---

<sup>20</sup> “Por la cual se regulan los gastos reservados”.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Artículo 74, Constitución Política de 1991.

través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley”<sup>24</sup> (subraya fuera del texto).

A partir de lo anterior, el acceso a la información pública<sup>25</sup> se ha instituido como un derecho fundamental y como una obligación a cargo de las autoridades públicas mediante la cual se garantiza que la gestión pública no se realice a espaldas de la ciudadanía. Igualmente, de acuerdo al principio expuesto, se trata de una garantía que no cobija, únicamente, el derecho de todas las personas a formular peticiones a las autoridades públicas y a obtener respuestas, sino que además consagra el deber de facilitar “el acceso a la misma en los términos más amplios posibles”<sup>26</sup>.

Este derecho también fue incluido en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup>, en los siguientes términos:

“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. **Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho.** Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”<sup>28</sup> (negrilla fuera del texto).

#### *ii) Principio de divulgación proactiva de la información*

Ahora bien, además de la transparencia y publicidad como principios que guían la garantía del acceso a la información pública, el principio de la divulgación proactiva de la información ha sido instituido, igualmente, como parámetro de protección de este derecho. Mediante ese mandato es viable concluir que el derecho de acceso a la información pública no incluye, únicamente, la garantía de responder integralmente peticiones, sino que además implica que las autoridades deban promover y facilitar el conocimiento de la información mediante la cual se refleje la gestión y las actividades estatales que han sido adelantadas. La divulgación proactiva de la información fue incorporada en el artículo 3° de la Ley 1712 de 2014<sup>29</sup> en los siguientes términos:

“El derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también en el **deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva**, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo

---

<sup>24</sup> Artículo 3°, Ley 1712 de 2014.

<sup>25</sup> Además del derecho de acceso a la información pública, la Corte Constitucional ha identificado al derecho fundamental de petición como otra herramienta que permite garantizar los principios de transparencia y de publicidad. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Sin embargo, posteriormente, el mismo Tribunal manifestó que el derecho de petición es “el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo”. Corte Constitucional, sentencia C-274 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa.

<sup>26</sup> Artículo 3°, Ley 1712 de 2014.

<sup>27</sup> Esta declaración fue adoptada en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

<sup>28</sup> Artículo 4°, Declaración de principios sobre libertad de expresión.

<sup>29</sup> “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.

a límites razonables del talento humano y recursos físicos y financieros”<sup>30</sup> (negrilla fuera del texto).

En el marco de lo expuesto, la presente propuesta legislativa permite instituir una salvaguarda “(...) del ciudadano contra la arbitrariedad estatal y [permite desarrollar] la condición de posibilidad de un Estado de derecho genuinamente fundado en el principio democrático”<sup>31</sup>. Lo anterior, por cuanto mediante esa función del Fiscal, se facilitaría que pueda divulgarse la forma en que ha sido adelantada la gestión en la Entidad y en consecuencia contribuiría a que la administración sea transparente y pública.

Esencialmente, el contenido de esta iniciativa constituye una acción positiva que facilitará el acceso a la información relacionada con la gestión adelantada por la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior, en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional:

“[E]l control efectivo de los ciudadanos [que en este caso se realizaría mediante la Corte Suprema de Justicia] sobre las acciones públicas [para el caso, las que se ejercen en la administración del Fiscal General de la Nación] requiere no solo una abstención por parte del Estado de censurar la información **sino que demanda una acción positiva consistente en proporcionarle a los individuos los medios para que accedan a los archivos y documentos en los cuales se plasma, día a día, la actividad estatal**”<sup>32</sup> (negrilla fuera del texto).

En ese sentido, la implementación de la obligación a cargo del Fiscal General de la Nación de elaborar y presentar públicamente ante la Corte Suprema de Justicia, un informe de rendición de cuentas que le permita a esa Corporación conocer la gestión adelantada en la Entidad, una manifestación del derecho de acceso a la información consagrado en el texto de la Constitución Política y en instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad<sup>33</sup>.

Concretamente, ese informe de rendición de cuentas será una acción positiva que, según lo dicho por el Tribunal Constitucional, permitirá proporcionar a la ciudadanía, a través de la Corte Suprema de Justicia, información sobre cómo ha sido administrada la Entidad y por lo tanto permitirá ejercer un control democrático sobre su gestión.

**b) Esta iniciativa plantea la implementación de un mecanismo mediante el que se implementan los principios de coordinación, colaboración armónica y control entre los órganos estatales**

La presente propuesta legislativa plantea el fortalecimiento de la colaboración armónica entre la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia, en tanto permite que el referido Tribunal conozca anualmente las actividades de administración y de gestión adelantadas en la Entidad. Igualmente, esta iniciativa permite la implementación de una adecuada articulación en la ejecución de la política criminal y promueve la creación de un mecanismo de retroalimentación mediante el cual se facilita un mejoramiento continuo de la

---

<sup>30</sup> Artículo 3º, Ley 1719 de 2014.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>33</sup> Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente: “De igual manera, los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales en virtud del artículo 93 constitucional sirven como criterios de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta Política, parten del principio básico según el cual en una sociedad democrática la publicidad de las informaciones que posee el Estado es la regla general, en tanto que la reserva de las mismas es la excepción”. *Ibidem*.

ejecución de las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación. Tal como pasa a exponerse, los beneficios planteados están acordes con distintos postulados constitucionales.

El artículo 113 de la Constitución Política establece la necesidad de que los órganos estatales implementen mecanismos de colaboración armónica. Concretamente, esa disposición superior consagra lo siguiente:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. **Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines**”<sup>34</sup> (negrilla fuera del texto).

A partir de la disposición transcrita, la Corte Constitucional ha enfatizado en la necesidad de implementar mecanismos de colaboración armónica que permitan facilitar la coordinación entre las ramas del poder público y entre los órganos que las constituyen. Sin embargo, el mismo Tribunal ha manifestado que las relaciones que se gestan entre los diferentes órganos estatales, además de ser de colaboración, también son de control. Al respecto, esa Corporación estableció lo siguiente:

“[A]l lado de la colaboración armónica entre las ramas del poder, que implica relaciones de cooperación y coordinación interinstitucional, **existen relaciones de control entre los órganos estatales, pues es una realidad que el poder no solo debe dividirse para que no se concentre sino que también debe controlarse para que no se extralimite**. Situación que se hace patente en el Estado Social de Derecho, donde el Estado se manifiesta e interviene en múltiples campos de la vida económica y social, lo cual exige el establecimiento de mecanismos de control tendientes a impedir el desbordamiento de los poderes públicos, o al menos, la toma de decisiones que puedan llegar a afectar o alterar significativamente a los coasociados”<sup>35</sup>.

Además, esa Corporación ha insistido en que la relación de control entre distintos órganos del Estado se fundamenta en que “la fiscalización y el control son inmanentes a la consagración constitucional de la división de poderes, y no excepción a la misma, pues el control aparece como el instrumento indispensable para que el equilibrio, y con él la libertad, puedan ser realidad”<sup>36</sup>.

Ahora bien, la manifestación más representativa de los controles instituidos en el Estado colombiano es aquella que el Congreso de la República realiza sobre los actos del Gobierno, en tanto es “máximo representante de la comunidad y tutor del principio democrático”<sup>37</sup> que por lo tanto está “llamado a ejercer una función especial que es la de contrapeso o control político frente a la actividad del Ejecutivo”<sup>38</sup>. Sin embargo, ello no es óbice para que las relaciones de control se gesten entre otros órganos del Estado, tal como se propone mediante la presente iniciativa.

---

<sup>34</sup> Artículo 13, Constitución Política de 1991.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia C-246 de 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández. En esa oportunidad, la Corte Constitucional se refirió a la constitucionalidad de la relación de control del Congreso de la República sobre los actos del Gobierno.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

En efecto, esta propuesta legislativa plantea una relación de control entre la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación que, por lo expuesto, no contraría los postulados constitucionales sino que implican una interdependencia de distintos órganos que permiten la realización de “un control recíproco entre ellos”<sup>39</sup>.

#### **4. Propósitos de la iniciativa legislativa de crear un procedimiento de rendición de cuentas del Fiscal General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia**

##### **a) La iniciativa legislativa promueve el adecuado ejercicio de la función pública**

La Fiscalía General de la Nación reconoce la importancia de los principios que rigen la función pública. Para efectos de la presente iniciativa –en lo relacionado con la rendición de cuentas del Fiscal General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia–, resultan relevantes los principios de transparencia, publicidad, divulgación proactiva de la información y colaboración armónica, tal como fue expuesto.

En virtud de estos principios, la promoción de los planes de acción por implementar, los avances y las falencias ante distintos entes permiten ejercer la función pública en el marco de los pilares que inspiran su existencia, por lo que cualquier iniciativa tendiente a garantizar el cumplimiento de estos principios será una oportunidad para que se ejerza de manera adecuada la función pública.

En conclusión, la entrada en vigencia de esta norma permitirá que las funciones de la Fiscalía se realicen aún con más transparencia, al implementar un control adicional a la gestión pública desarrollada por la Entidad.

##### **b) Necesidad de que el Fiscal General rinda cuentas ante su ente nominador**

A partir del análisis de la situación enunciada con anterioridad, es posible determinar que actualmente no existe un ejercicio de rendición de cuentas ante el ente nominador del Fiscal General de la Nación.

Así, el Constituyente otorgó a la Corte Suprema de Justicia la facultad nominadora del Fiscal General, al determinar en el artículo 249 inciso 2° superior que “[e]l Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República (...)”<sup>40</sup>. Sin embargo, no existe un mecanismo que permita a la Corte analizar el avance de la Entidad respecto del plan de trabajo trazado por el Fiscal General.

En ese sentido, esta iniciativa legislativa permite que entre la Fiscalía y la corporación judicial exista materialización del principio de colaboración armónica y de coordinación y que la revisión del estado de la Entidad aporte al cumplimiento de la función de administrar justicia en cabeza del Estado, ejercida desde sus funciones por las dos entidades.

Por lo anterior, la facultad que con esta iniciativa se le da a la Corte Suprema de Justicia para convocar al Fiscal General a que exponga su informe permite implementar presupuestos para democratizar la Administración Pública.

#### **D. LA FACULTAD CONSTITUCIONAL DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN PARA PRESENTAR LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA**

La política criminal del Estado se estructura a partir de los aportes mancomunados de las distintas autoridades estatales que, constitucional o legalmente, tengan algún tipo de injerencia en su ejecución. Lo anterior, bajo el entendido de que la política criminal se refiere

---

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Inciso 2° del artículo 249, Constitución Política de 1991.

al conjunto de todas aquellas estrategias estatales que tienen incidencia en la persecución del fenómeno criminal<sup>41</sup>.

La necesidad de participación colectiva para definir la estructura de la política criminal fue reconocida por la Constitución Política al otorgar a distintos órganos públicos la posibilidad de presentar proyectos de ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente: “La definición de los elementos de política criminal, su orientación e instrumentos son el resultado de un proceso colectivo comoquiera que se trata de una política estatal y participativ[a] tal como surge del texto del artículo 251, numeral 3”<sup>42</sup>.

De conformidad con lo anterior, la Constitución Política de 1991 consagró, en su artículo 251<sup>43</sup>, 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 criminal y **presentar proyectos de ley al respecto**”<sup>44</sup> (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 amplia<sup>45</sup>, se justifica plenamente en la posición jerárquica que ese funcionario ocupa dentro de la Entidad que lidera<sup>46</sup> y que, indudablemente, “le otorga una perspectiva única y cualificada que resulta valiosa para el diseño de la política [criminal] estatal”<sup>47</sup>.

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.

Concretamente, los objetivos de la presente propuesta están dirigidos a obtener una realización adecuada de las funciones constitucionales de la Fiscalía<sup>48</sup> en tanto es la entidad

---

<sup>41</sup> La Corte Constitucional ha definido la política criminal como “(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole” (se omiten pies de página). Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia 646 de 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>43</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 003 de 2002.

<sup>44</sup> Numeral 4 del artículo 251 de la Constitución Política de 1991.

<sup>45</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional indicó que “la iniciativa legislativa del Fiscal es más amplia que la del Defensor del Pueblo (art. 282 núm. 6) y el Procurador General de la Nación (art. 278 núm. 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.

<sup>46</sup> 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 principios de unidad de gestión y jerarquía.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia 646 de 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>48</sup> Primer inciso del artículo 250, Constitución Política de 1991, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción

que por excelencia aplica los lineamientos de política criminal. Igualmente, pretende una optimización de la ejecución de esa política pública, toda vez que promueve un mecanismo de interlocución con la Corte Suprema de Justicia con la finalidad de buscar una retroalimentación continua sobre la gestión y la administración de la Entidad.

### **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 jurisdicción<sup>49</sup> (...)”<sup>50</sup>.

Además, aunque se trata de una política que implica la estructuración y ejecución de medidas más amplias que las previstas por el derecho penal<sup>51</sup>, en todo caso, “el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas”<sup>52</sup>. Por esa razón, la configuración e implementación de esas medidas están íntimamente relacionadas con las distintas fases de criminalización –primaria, secundaria y terciaria–<sup>53</sup>.

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 está fundamentada en la función que le 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

---

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

<sup>49</sup> [cita incluida en el texto] C-646 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015, M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Igualmente, ver Corte Constitucional, sentencia 646 de 2001.

<sup>51</sup> *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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> *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.

circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”<sup>54</sup> (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 criminalización secundaria y de su formulación<sup>55</sup> 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”<sup>56</sup>.

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 en 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”<sup>57</sup>.

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 los resultados de las investigaciones hechas en 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

#### SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día ... del mes de ... del año ... se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 67 de 2016 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador ...

El Secretario General,

---

<sup>54</sup> Primer inciso del artículo 250, Constitución Política de 1991.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Numeral 4 del artículo 251, Constitución Política de 1991.

*Gregorio Eljach Pacheco*

SENADO DE LA REPÚBLICA  
SECRETARÍA GENERAL  
Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el **Proyecto de ley número 67 de 2016 Senado**, *mediante la cual se fortalece el control y la rendición de cuentas en la Fiscalía General de la Nación*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el Fiscal General de la Nación, *Néstor Humberto Martínez Neira*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 2 de agosto de 2016

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

*Mauricio Lizcano Arango*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco*

\* \*\*