



Bogotá D.C., febrero 21 de 2019

Presidente
CARLOS EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
Comisión I Constitucional Permanente
Senado de la República

Ref. Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley número 217 de 2018 Senado *"Por medio del cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"*.

Respetado Presidente:

En cumplimiento de la designación hecha por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República y de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 5ª de 1992, me permito rendir informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley número 217 de 2018 Senado *"Por medio del cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"*.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PROYECTO

El 5 de diciembre de 2018 fue radicado el Proyecto de Ley número 217 de 2018 Senado *"Por medio del cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"* de iniciativa del congresista Rodrigo Lara Restrepo.

El proyecto de ley fue publicado en la Gaceta No. 1103 de 2018 y remitido a la Comisión Primera Constitucional de Senado para su estudio correspondiente, porque en virtud de la Ley 3ª de 1992 esta Comisión es la competente para conocer la materia.

La Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado mediante Acta MD-21 del 18 de diciembre del 2018 designó como ponente para primer debate al senador Rodrigo Lara Restrepo, lo cual fue comunicado mediante oficio de la misma fecha.

1
27-02-19
2-11

II. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El objeto del presente proyecto de ley es reglamentar el funcionamiento del régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación, con el fin de que se pueda nombrar en estos casos un Fiscal ad-hoc, con independencia y autonomía en las investigaciones en las cuales éste se encuentre impedido o tenga un conflicto de intereses.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley está constituido por tres (3) artículos, cuyo contenido es el siguiente: el artículo 1° modifica el artículo 58 de la Ley 906 de 2004, el Código de Procedimiento Penal, que establece los impedimentos del Fiscal General de la Nación, incluye dos nuevos incisos que determinan que en los casos en que un impedimento o una recusación prosperen, la Corte Suprema de Justicia oficiará al Presidente de la República para que en un término de diez (10) días, conforme una terna en los términos del artículo 249 de la Constitución, a partir de la cual se nombrará un Fiscal ad-hoc. Además, en dos nuevos párrafos dispone que el Fiscal ad-hoc conocerá de todos los casos en los cuales se acepte la recusación del fiscal y, que éste deberá reunir las mismas calidades y tendrá las mismas inhabilidades e incompatibilidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, el artículo 2° adiciona un nuevo artículo al Código de Procedimiento Penal, el cual señala que la Fiscalía General prestará una colaboración logística para las investigaciones que adelante el Fiscal ad-hoc, debiéndose garantizar la autonomía e independencia de los funcionarios que sean vinculados a la investigación, para ello, el Fiscal ad-hoc deberá presentar una solicitud a la Fiscalía sobre los recursos de personal, económicos y logísticos que requiera para el desempeño adecuado de sus funciones.

Por último, el artículo 3° establece la vigencia de la presente ley y las derogaciones.

IV. CONSIDERACIONES

• Los principios de independencia e imparcialidad judicial

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

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: (i) independencia judicial en estricto sentido. Postura del juez frente a influencias del sistema social ajenas a derecho, (ii) imparcialidad. Postura del juez frente a influencias de las partes y, (iii) objetividad u objeción. Postura del juez frente a influencias ajenas a derecho, provenientes del propio juzgador.

- **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.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en el artículo 8 sobre garantías judiciales: *"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"*.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: *"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)"*

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"*

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”.

- **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 y hacen parte de las garantías del debido proceso. 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.”¹

En lo que respecta a la imparcialidad, el Alto Tribunal reconoció que ésta tiene una doble naturaleza. Por un lado, se trata de las características esenciales de la función de administrar justicia, y por otro lado es un derecho subjetivo que integra el conjunto de garantías del derecho al debido proceso². Además, señaló:

“La imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 C.P.); garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad”³

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014.

² Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2011.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-036 de 1996.

- **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.

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 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 fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.”⁴

En conclusión, 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 a salvo la garantía del juez natural, en tanto que se trata de una persona que viene a reemplazar a la impedida, pero que actúa a través de la institución investida por la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y en ejercicio de las facultades previamente reconocidas a ésta.

- **JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO**

De conformidad con la normatividad vigente, esto es, el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, las causales de impedimento son aplicables tanto al Fiscal General de la Nación como a los fiscales de conocimiento. Sin embargo, para el Fiscal General, se dispone de un trámite específico para los impedimentos y recusaciones, de acuerdo con el cual:

⁴ Artículo 63 de la Ley 906 de 2004.

“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.”⁵

En virtud de la anterior disposición, corresponde a la Corte Suprema de Justicia pronunciarse sobre los impedimentos que el Fiscal General manifieste y de las recusaciones que en su contra se formulen y no le sean aceptadas. Dicha función se desprende de que es la Corte quien nombra al Fiscal General⁶. Así, en los casos en que prospere un impedimento o una recusación contra el Fiscal, corresponderá al Vicefiscal el conocimiento del caso, de acuerdo con lo establecido en el segundo inciso del artículo 58 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, resulta problemático desde el punto de vista de la imparcialidad e independencia en las decisiones de la entidad, que los procesos en los cuales está impedido el Fiscal General sean competencia del Vicefiscal, quien tiene una relación jerárquica con el primero, pues éste tiene el poder de nominación o remoción sobre el segundo. Precisamente en aplicación de dichos principios constitucionales, este proyecto de ley pretende que sea un Fiscal ad-hoc, valga la redundancia, independiente del organigrama de la Fiscalía General, quien adelante las investigaciones en los casos materia de impedimento del Fiscal. Lo que se pretende entonces, es brindar mejores garantías procesales a los sujetos investigados en los respectivos procesos penales. Ofreciendo mayores niveles de objetividad, imparcialidad, independencia y transparencia.

En este orden de ideas, este proyecto de ley busca maximizar los principios de transparencia e imparcialidad, aunque es importante aclarar que, aunque la Fiscalía deba garantizar de imparcialidad, no tiene una aplicación tan estricta como los jueces de la República, en virtud del rol que cumple la Fiscalía en un sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, así lo ha reconocido la Corte Constitucional.

“No ocurre lo mismo con el fiscal [...]. No obstante que se trata de un servidor público perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público (Art. 116 C.P.), su actuación, de manera general, no es típicamente jurisdiccional puesto que dentro del modelo penal acusatorio diseñado por el A.L. 03 de

⁵ Artículo 58 de la Ley 906 de 2004.

⁶ “En el caso del Fiscal General de la Nación su nominador, esto es, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 249 de la Constitución) resuelve los impedimentos y en consecuencia, conforme lo señala el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. Obsérvese cómo el Legislador aplicó la regla general y no consagró una excepción, por ejemplo en el sentido de que resolviera la Sala Penal de dicha Corporación”. Corte Constitucional. Auto 124 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

2002, su posición institucional es la de titular de la acción penal y parte acusadora dentro del esquema adversarial. Partiendo de esta concepción, su actuación en el proceso no está precedida de las mismas exigencias de neutralidad, imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez (...).

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

De otro lado, no puede perderse de vista que si bien no es exigible al fiscal el riguroso grado de imparcialidad que se impone al juez, debido a las diversas posturas institucionales que estos dos órganos asumen dentro del sistema penal acusatorio -juez y acusador-, la actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie de principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección. De acuerdo al primero, *"Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe"* (Art.12 C.P.P.) En virtud del segundo, *"La Fiscalía General de la Nación (...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley"* (Art.115 C.P.P.). Conforme al tercero, *"En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia"* (Art. 27 C.P.P.).⁷

En suma, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de garantizar que sus decisiones atiendan a criterios de objetividad y se tomen con fundamento en los principios de autonomía e imparcialidad. Por lo tanto, ante una posible vulneración de dichos principios constitucionales, el Fiscal General deberá apartarse de los casos, declarándose impedido, sin menoscabar el principio del juez natural en la medida en que el fiscal ad-hoc tiene las mismas calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades que su homólogo y, a su vez 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 Fiscalía General de la Nación.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 881 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 5ª de 1992, presento ponencia favorable y en consecuencia solicito a los miembros de la Comisión Primera del Senado, dar primer debate al Proyecto de Ley Número 217 de 2018 Senado *"Por medio del cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación"*, conforme al texto original publicado en la Gaceta No. 1103 de 2018.

De los honorables senadores,



RODRIGO LARA RESTREPO

Senador de la República