

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 066 de 2016 Senado “mediante el cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación”**

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.	
Autor	Fiscal General de la Nación
Fecha de radicación	2 de agosto de 2016
Estado actual	Pendiente ponencia de primer debate en Cámara
Referencia	Concepto Número 16.24

El análisis del proyecto de ley se realizó sobre el texto radicado en Senado por el Señor Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, el día 2 de agosto del año en curso.

1. Objeto, contenido y alcance del Proyecto de Ley

Este proyecto de ley, junto a los proyectos de ley 066 de 2016 Senado y 067 de 2016 Senado, todos de iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, pretende crear instituciones que hagan más transparente e imparcial el ejercicio de la función del ente acusador, y aun cuando habrían podido integrarse en uno solo, se optó por mantener su división con el fin de asegurar una mayor discusión de los temas.

El proyecto de ley número 66 de 2016 Senado, con dos artículos, busca establecer un régimen especial en los casos en los que se declaren impedimentos o se acepten recusaciones respecto del Fiscal General de la Nación, proponiendo que el Presidente de la República envíe una terna de la cual la Corte Suprema de Justicia seleccione un Fiscal *ad hoc* para que asuma el caso respectivo.

2. Observaciones político-criminales en relación con el Proyecto de Ley**2.1. La finalidad del proyecto**

En la exposición de motivos del proyecto se señala como uno de sus fundamentos que “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

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

imperativo” y con base en esta premisa se defiende la reforma, para asegurar que las medidas propuestas buscan una mayor legitimidad institucional y establecer la posibilidad de fiscalización de los actos de la entidad y como forma de hacer efectivo el “equilibrio material de los poderes”.

El texto de este proyecto, así como de los proyectos 065 y 067 de 2016 Senado, ciertamente se construye con miras a separar las funciones del fiscal ad hoc, del fiscal interino y del jefe de control interno de la entidad, de las directrices e influencias del Fiscal General de la Nación, en la medida en la que el primero será una persona totalmente independiente del jefe de la entidad al ser escogido y elegido por el Presidente de la República; el segundo con un procedimiento similar al constitucionalmente ordinario para que, ante recusaciones e impedimentos del Fiscal General se nombren fiscales ad hoc para que lleven adelante el proceso, y el tercero, confiando la designación del jefe de control interno a la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio independiente de la designación y elección.

La Fiscalía General de la Nación, en efecto, ha destacado que la designación del fiscal ad hoc, en lugar de que el Vicefiscal asuma la dirección de una investigación en la que el jefe de la entidad se declare impedido o sea recusado con éxito, amplía las garantías de independencia y autonomía que deben otorgarse a todo investigado en un Estado de derecho, pues así se garantiza en mejor forma, la total imparcialidad de las decisiones que corresponden, con la reforma, a un funcionario distinto que no tenga relación jerárquica con el Fiscal General y que además, este no haya intervenido en su designación ni pueda disponer su separación del cargo.

2

En estas condiciones, para el Consejo cada uno de los proyectos constituye el desarrollo de aspectos específicos de la política criminal del Estado, tales como la imparcialidad, transparencia e independencia judicial y la garantía del debido proceso, de forma que puede afirmarse que las tres iniciativas, que comparten los fines dichos, tienen propósitos loables, lo que no significa, sin embargo, que por ello resulten exentos de críticas o que todas sus disposiciones sean convenientes.

2.2. La iniciativa legislativa del Fiscal General de la Nación

El Consejo Superior de Política Criminal discutió sobre la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación tuviese iniciativa para proponer las reformas contenidas en los proyectos que se estudian, básicamente porque encuentra que de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución Política, “la Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley”, de forma que la estructura de la entidad, según lo dispone el artículo 150, corresponde al Congreso de la República y que de acuerdo con el artículo 156 ibidem, el Fiscal General de la Nación o la entidad que dirige no se encuentran dentro de las autoridades a las que se reconoce “la

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones”, de forma que los proyectos, en cuanto se refieren a la estructura de la entidad, deberían ser de iniciativa del Congreso de la República.

Sin embargo, también encuentra el Consejo que el artículo 251, numeral 4, asigna al Fiscal General de la Nación la función de “Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”, norma que tuvo como fundamento la entidad para elaborar y presentar, motu proprio, los proyectos de ley.

Ante esta situación, entonces, surge la pregunta por la posibilidad de reconocer iniciativa legislativa al Fiscal General de la Nación en asuntos que, en principio, no pertenecen estrictamente a la esfera de la política criminal. Para dilucidar el asunto, el Consejo se basó esencialmente en el contenido de la Sentencia C-646/01 en donde la Corte Constitucional, bajo la ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, si bien no definió qué es la política criminal, sí determinó los asuntos relacionados con ella, ente los cuales mencionó las leyes que “fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia”.

En este sentido, entonces, se asume que el contenido de los proyectos de ley que se analizaron, específicamente el 065 y 066 de 2016 Senado, desarrollan normas que permiten atribuir la investigación de un delito a un funcionario escogido de acuerdo con el procedimiento constitucional establecido (una particular adscripción de competencia), y además fijan criterios para lograr la mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia, en la medida en que, la designación de funcionarios que no pertenecen a la entidad pretenden asegurar una función más expedita y correcta, al tiempo que las normas propuestas buscan ampliar las garantías judiciales para el procesado.

Bajo estas premisas, el Consejo Superior de Política Criminal determinó, finalmente, que las reformas referidas a la estructura de la Fiscalía General de la Nación se refieren también a la forma como se ejercen las funciones que se encomiendan a la entidad y a la aplicación de estrategias de política criminal en sentido amplio, por lo cual los proyectos se encuentran relacionadas con la política criminal del Estado, razón por la que no es posible negar la adecuación de la iniciativa a las normas constitucionales.

2.3. La designación del fiscal *ad hoc*

El modelo que se propone en el proyecto de ley para designar un fiscal general cuando el titular de cargo esté impedido para conocer de un asunto particular, puede resultar adecuado en tanto que es un tercero ajeno a la Fiscalía General de la Nación quien debe resolver los temas que no puede decidir el jefe de la entidad.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Ante el cuestionamiento por parte del Consejo Superior de Política Criminal al autor de la iniciativa por datos y fundamentos que sustenten la necesidad de crear esta figura y que efectivamente cumpla con el objetivo que se le asigne, la Fiscalía expuso los siguientes:

1. La Corte se ha pronunciado acerca de impedimentos o recusaciones en cincuenta (50) oportunidades entre 2008 y 2016, periodos de Mario Iguarán, Guillermo Mendoza, Viviane Morales y Eduardo Montealegre, declarándolas fundadas en treinta y seis (36) oportunidades, lo que equivale en ocho años, a un promedio de 4,5 por año, lo que para la Fiscalía se trata de casos excepcionalísimos.
2. Aclara que se trata, entonces, de particulares que ejercen una función pública ocasional, nombrados bajo el mismo procedimiento del Fiscal General y sujetos a las mismas sanciones.
3. Su naturaleza se asemeja (guardadas las proporciones) a la de los conjuces. No existe vínculo laboral ni contractual y podrán ser remunerados a título de honorarios¹.
4. La facultad de regular remuneraciones en la Fiscalía es del gobierno, con cargo a aquella, por ende el gobierno fijará las tablas salariales para el efecto, con cargo al presupuesto del ente acusador, generando un mínimo o ausente impacto fiscal.

4

En este punto, es necesario advertir que la Fiscalía General de la Nación, en la discusión que del proyecto de hizo en la sesión del Consejo Superior de Política Criminal, adujo que una posible solución al impacto fiscal² sería determinar que la función del fiscal ad hoc se ejerciera ad honorem, como lo hacen los conjuces de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, frente a este argumento, es preciso resaltar que no resulta equiparable la función del fiscal ad hoc con la del conjuce, en la medida en la que la función investigativa demanda mucha más dedicación al caso y al control de la policía judicial, la búsqueda, recaudo y control de las evidencias; las intervenciones en la etapa del juicio y demás actividades.

¹ Art. 47 Ley 1564 de 2012: Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.

Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio y no podrán gravar en exceso a quienes acceden a la administración de justicia.

² En relación con el impacto fiscal que podría tenerse, indicó la Fiscalía como autora del proyecto, que la facultad de regular remuneraciones en el ente investigador es del gobierno con cargo a aquel, por lo que será el gobierno quien fije la tabla salarial para tal efecto, generando un mínimo o ausente impacto fiscal.

Adicionalmente, debe señalarse que existe la posibilidad que en un determinado período, quien ejerce el cargo de Fiscal General esté impedido o sea recusado en una gran cantidad de asuntos de los que debe conocer, con lo cual se haría sumamente difícil la designación de muchas personas que deben remplazarlo, por lo que significa de carga adicional a la Corte Suprema de Justicia; la selección de los candidatos correspondientes; los trámites administrativos para el ejercicio de la función; los recursos físicos y humanos que deben asignarse a ese fiscal *ad hoc*., etc.

Es así que se ha considerado imperioso conocer los impactos a nivel procesal y el gasto fiscal que podría generarse en la aplicación de este mecanismo cuando se designen múltiples fiscales *ad hoc*.

Desde otra perspectiva, podría designarse un solo fiscal *ad hoc* para todos los impedimentos del Fiscal General, sin embargo, esta situación podría generar una doble orientación de la actividad de la Fiscalía en los asuntos penales, al prolongar la actividad de un "segundo" fiscal general.

3. Conclusión

Para el Consejo Superior de Política Criminal el actual sistema de remplazos del Fiscal General ante las recusaciones e impedimentos del Fiscal General-, cumple los estándares exigidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para garantizar la imparcialidad del ente acusador, en tanto que independientemente del sistema de nombramiento del vicefiscal y su vinculación a las directrices del Fiscal General de la Nación cuando actúa como tal, cuando asume las funciones del jefe de la entidad en un caso específico,, el segundo funcionario de la entidad debe ajustar su conducta a las reglas generales de ejercicio de la función pública que corresponde a quien está remplazando, y por lo tanto debe tomar sus decisiones con total autonomía, imparcialidad e independencia y plenamente ajustadas a la ley, según corresponde a los funcionarios que integran la rama judicial del poder público.

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

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

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

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL



Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Iván González Amado, DPCP/MJD - Secretaria Técnica
Aprobó: Comité Técnico del CSPC
Consejo Superior de Política Criminal

6