

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Plena

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

APL2541-2018

Exp. 110010230000201800297-00

Aprobado Acta n°. 19

N°. 04

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Resuelve la Corte el impedimento manifestado por el doctor Néstor Humberto Martínez Neira, en su calidad de Fiscal General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. Representantes de la firma «*Odebrecht*», formularon ante la Vicefiscal General de la Nación, propuesta de reparación económica, con el objeto de obtener un preacuerdo dentro de los procesos radicados con los números 110016000000201701596 y 110016000000201702410.

2. El documento fue puesto en conocimiento del Fiscal General de la Nación para la realización del «*Comité*

Técnico Jurídico» que analizará la solicitud. Este último sin embargo, en proveído del 25 de mayo del presente año, declaró su impedimento para conocer del asunto.

3. Señala que los hechos materia de investigación, «*dan cuenta de la celebración de contratos con diferentes empresas por parte de Consol y la Concesionaria Ruta del Sol SAS vinculadas a la multinacional ODEBRECHT*», y a través de estas «*se pudieran canalizar algunos de los dineros que presuntamente fueron ofrecidos a servidores públicos que, a su turno, beneficiaban irregularmente a tal multinacional*».

Agrega que la actividad investigativa refiere la intervención, entre otras, de las siguientes compañías:

- Consultores Unidos Colombia y Consultores Unidos Panamá, representada legalmente por el señor Eduardo José Zambrano.
- Concesionaria Sion y TTU (Técnicas Territoriales Urbanas), representada legalmente por Gabriel Alejandro Dumar Lora.
- Profesionales de Bolsa, «*Presidente y Gerente GUSTAVO ADOLFO TORRES*».
- Grupo Mundial de Ingenieros, representada legalmente por Andrés Salazar Ferro y Rafael Tovar Camacho.

Funda su manifestación en la causal 4 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, concretamente por haber emitido

concepto previo sobre el asunto que se debate. Al efecto explicó:

[E]l suscrito Fiscal General de la Nación, obrando como abogado en ejercicio, en el período transcurrido entre septiembre de 2015 y marzo de 2016, fechas para las cuales nada se conocía en el mundo de los comportamientos punibles de ODEBRECHT, fue contratado por el denominado Grupo Aval para reclamar a la firma brasilera, el pago de varios contratos que por decisión de la multinacional fueron efectuados a favor de terceros, desde Consol y la Concesionaria Ruta del Sol SAS. La reclamación se fundaba en la consideración de que, luego de una auditoría que había efectuado el referido Grupo, no se advertía que varios encontraron sustento o justificación operacional alguna para Consol o la Concesionaria Ruta del Sol SAS.

Que dichas reclamaciones concluyeron en un contrato de transacción entre el grupo Aval y ODEBRECHT, cuya redacción le fue encomendada por Aval a Néstor Humberto Martínez Neira, contrato que fue suscrito el 11 de marzo de 2016, por virtud del cual la empresa brasilera convino en reembolsar al Consorcio Constructor unas partidas dinerarias y abstenerse de cobrar unos gastos previamente acordados, por un valor total de treinta y tres mil ochenta y un millones de pesos (\$33.081.000.000).

Que entre los contratos cuestionados en su momento por el poderdante del suscrito Fiscal se encuentran varios que, a partir de las investigaciones llevadas a cabo, han permitido a la Fiscalía concluir que algunos fueron utilizados por ODEBRECHT para instrumentalizar delitos contra la administración pública, entre ellos los celebrados con el Consorcio SION y Consultores Unidos S.A.

Que dentro de los mismos contratos se encuentran otros que la Fiscalía actualmente investiga para establecer si sirvieron de instrumento para llevar a cabo pagos ilícitos a favor de terceros, tales como los suscritos con RGQ Logistics y Torrosa.

Que por tal virtud, queda establecido que, previamente a las investigaciones penales, el abogado Martínez Neira -hoy Fiscal General de la Nación- conceptuó sobre la improcedencia e impertinencia de varios contratos suscritos con sus proveedores por parte de Consol y la Concesionaria Ruta del Sol SAS, por virtud de los cuales formuló reclamaciones económicas en contra de ODEBRECHT y obtuvo su devolución.

Teniendo en consideración que el despacho debe pronunciarse acerca de la solicitud elevada por la señora Vicefiscal General de la Nación, es preciso señalar que concurre en el presente asunto,

la causal enlistada en el numeral 4º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, y como quiera que este es uno de los puntos objeto de la materia que se ha puesto en conocimiento del despacho del Fiscal General de la Nación, por haber emitido un concepto previo se configura la causal referida, siendo imperioso apartarme del conocimiento de la presente actuación.

A partir de esta circunstancia encuentra configurado el impedimento «*porque la investigación refiere unos contratos que presuntamente fueron utilizados para canalizar recursos destinados al pago de coimas a funcionarios públicos*» y él «*emitió concepto acerca de la naturaleza espuria de dichos contratos e intervino para la devolución de los dineros correspondientes*».

II. CONSIDERACIONES

1. Esta Corporación es competente para resolver de plano sobre el impedimento manifestado por el doctor Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación, como así lo prevé el artículo 58 de la Ley 906 de 2004.

2. La jurisprudencia y la doctrina han recalcado que las causales de impedimento se establecieron por la ley con el doble propósito de garantizar la imparcialidad y objetividad que debe acompañar al servidor público que ejerce la función jurisdiccional, y también, para blindar la actuación de toda sospecha en la administración de justicia, previniendo efectivamente todo lo que afecte su independencia en la tramitación de un proceso determinado.

Por tal razón, los impedimentos y el deber funcional de declararlos tan pronto como se den los motivos con aptitud para provocarlos, son instrumentos de carácter preventivo dispuestos legalmente para evitar que en determinada causa ejercite la autoridad de que está investido un funcionario de quien haya lugar a sospechar, dentro de un marco obligado de prudente ponderación de las particularidades que ofrezca cada caso concreto, que puede no ser imparcial o que le falta serenidad de juicio¹.

3. El motivo de impedimento invocado en este caso es el consagrado en el numeral 4 del artículo 56 ibídem, cuyo texto es el siguiente:

*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** (Negrillas propias de la Corte).*

Frente al tercer postulado allí previsto, al cual circunscribe la solicitud de dispensa el Señor Fiscal General, esto es, «*que el funcionario judicial (...) haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso*», la jurisprudencia de la Corte ha sido del criterio que para que constituya fundamento de separación del caso, los hechos deben corresponder a lo ocurrido al interior del mismo proceso en que se manifiesta, es decir, que el funcionario judicial haya emitido opinión o concepto sobre el asunto que luego llega a su conocimiento.

¹ Gaceta Judicial Tomo XIV, pág. 410

Aunque en principio, la intervención del Fiscal General no se pretende concretamente en relación con las investigaciones penales adelantadas por cuenta de los presuntos hechos de corrupción del caso Odebrecht (Rad. Nos. 110016000000201701596 y 110016000000201702410), sino en relación con la propuesta de «reparación económica» con fines de obtener principios de oportunidad y preacuerdos por parte de representantes de la multinacional, como la misma debe ser sometida al análisis del «Comité Técnico Jurídico»², del cual hace parte el funcionario, la Corte encuentra atendibles las razones aducidas por el señor Fiscal General.

En efecto, atendiendo los presupuestos que gobiernan las causales de impedimento y la intervención concreta del doctor Martínez Neira cuando representó a uno de los miembros del Consorcio, está claro que sí existe materialmente una circunstancia que eventualmente afectaría su independencia al analizar y resolver la solicitud en comento, al interior del Comité del cual hace parte en calidad de Fiscal General de la Nación.

No puede pasarse por alto que el instituto de los impedimentos tiene una concepción objetiva de cara a la legitimidad de la justicia y la imagen que tiene la comunidad sobre la misma. Es por ello que en este caso, analizadas las condiciones que lo gobiernan y el contexto mismo de la solicitud dirigida por la multinacional Odebrecht, resulta adecuado y conveniente apartarlo del

² Resolución 1053 de 21 de marzo de 2017

trámite en cuestión, en aras de preservar esa indemnidad de la justicia.

Ciertamente el doctor Martínez Neira, antes de fungir como Fiscal General de la Nación, fue contratado por el «Grupo Aval», como así lo aseguró, «para reclamar a la firma brasilera, el pago de varios contratos que por decisión de la multinacional fueron efectuados a favor de terceros, desde Consol y la Concesionaria Ruta del Sol SAS»; tales reclamaciones, añade el funcionario, sobre la base de que consideró que varios de ellos no tenían sustento o justificación operacional, gestión que concluyó con la firma de un contrato de transacción «cuya redacción le fue encomendada por el Grupo Aval», por virtud del cual la empresa Odebrecht convino reembolsar unos dineros.

Entre los contratos cuestionados en su momento por el poderdante del ahora Fiscal General de la Nación, «se encuentran varios que, a partir de las investigaciones llevadas a cabo, han permitido a la Fiscalía concluir que algunos fueron utilizados por ODEBRECHT para instrumentalizar delitos contra la administración pública, entre ellos los celebrados con el Consorcio SION y Consultores Unidos S.A.».

Así las cosas, como el Fiscal General de la Nación, a quien le está expresamente atribuida la competencia para conocer de este asunto, como abogado litigante conceptuó sobre «la improcedencia e impertinencia de varios contratos suscritos con sus proveedores por parte de Consol y la Concesionaria Ruta del Sol SAS, por virtud de los cuales formuló reclamaciones económicas en contra de ODEBRECHT y obtuvo su devolución», obligado resulta apartarlo del conocimiento del caso.

El impedimento se declarará fundado y, en consecuencia, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la Señora Vicefiscal General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 58 ibídem.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

RESUELVE

DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación.

REMITIR el asunto al despacho de la Señora Vicefiscal General de la Nación, doctora María Paulina Riveros Dueñas, para que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, asuma el conocimiento.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Comuníquese y cúmplase.-



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


GERARDO BOTERO ZULUAGA


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


MARGARITA CABELLO BLANCO


FERNANDO CASTILLO CADENA


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


EYDER PATIÑO CABRERA


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Salvo parcialmente voto

Damaris Orjuela H.
DAMARIS ORJUELA HERRERA

Secretaria General



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Secretaría General

Ref: Impedimento
Exp. Rad. No. 11001 02 30 000 2018 00297 00

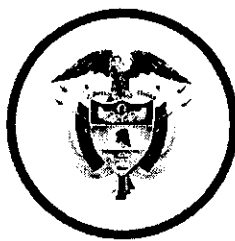
LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEJA CONSTANCIA:

Que los doctores Eyder Patiño Cabrera y Octavio Augusto Tejeiro Duque asistieron a la sesión de Sala Plena celebrada el veintiuno (21) de junio del presente año, pero cuando los señores Magistrados hicieron presencia en el recinto, el asunto de la referencia ya se había analizado y decidido, razón por la cual no suscribieron la providencia.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018).


DAMARIS ORJUELA HERRERA
Secretaria General



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-30-000-2018-00297-00

Disiento en parte de la decisión acogida en la providencia objeto de este pronunciamiento; y como lo he hecho en precedentes ocasiones¹, estimo necesario apartarme parcialmente de ella, por los motivos planteados en lo sucesivo.

1. La posición mayoritaria de la Plenaria de la Corte declaró fundado el impedimento formulado por el Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, Fiscal General de la Nación, para conocer de la *“propuesta de reparación económica”* presentada por Odebrecht ante el despacho de la Vicefiscal, con miras a obtener un *“preacuerdo”* en los procesos radicados con los números 2017-02410 y 2017-01596.

¹ Cfr. Providencia de Sala Plena Número 11001-02-30-000-2017-00068-00.

Por lo tanto, en obediencia de lo estatuido en el inciso 2º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal², se ordenó “[r]emitir el asunto al despacho de la Señora Vicefiscal General de la Nación, doctora María Paulina Riveros Dueñas, para que (...) asuma [su] conocimiento”.

2. Mi disparidad de criterio reside con la segunda de las disposiciones referidas, atañedora a la asignación de esa causa penal a la Vicefiscal General de la Nación, pues aun cuando tal postura está plenamente amparada por la precitada norma, era necesario para la Corte esclarecer con suficiencia la imparcialidad e independencia de la aludida funcionaria en cuanto a la asunción de tal encargo, por las razones a continuación compendiadas:

2.1. El **primer motivo** lo constituye la relación de dependencia que tiene la Vicefiscal con el señor Fiscal General, quien el 1º de agosto de 2016³, haciendo uso de sus atribuciones como nominador de esa entidad, en virtud de lo estatuido en las reglas 251 de la Constitución Política⁴, 30 de la Ley 270 de 1996⁵, 113 de la Ley 906 de

² “Artículo 58. *Impedimento del Fiscal General de la Nación. Si el Fiscal General de la Nación se declare 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.*”

³ Información consultada en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/vicefiscal-general-de-la-nacion/asume-nueva-vicefiscal-general-de-la-nacion/>

⁴ “Artículo 251. *Modificado por el art. 3, Acto Legislativo No. 03 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:*
(...)

2. *Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.*”

⁵ “Artículo 30. *Corresponde a la ley determinar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal General desarrollará dicha estructura con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En desarrollo de tal facultad, asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos (...).*”

2004⁶ y 4.22 del Decreto 16 de 2014⁷, la designó como su sustituta o eventual sucesora, entre otras funciones.

De esa manera, podría verse comprometida la independencia e imparcialidad de la señora Vicefiscal, siendo como debe ser, conocedora del programa direccional, del pensamiento, de las políticas, de los propósitos de su superior jerárquico, frente al ejercicio de su función, y por lo tanto, del criterio o forma de proceder que pudiese o debiese haber adoptado frente al caso su nominador. La autonomía y ecuanimidad constituyen la “sustantividad” del instituto de los impedimentos y recusaciones.

En un caso análogo, esta Corporación conceptuó:

*“[F]rente a la **independencia y a la imparcialidad** con las que el Vicefiscal General de la Nación pudiera realizar una investigación en relación con la cual su jefe ya adelantó la conclusión mediante una opinión periodística, igualmente hay que decir que se encuentran seriamente cuestionadas.*

“Esto porque (...) se presenta una tensión entre los principios constitucionales de la independencia e imparcialidad judicial, y la preceptiva legal mencionada, toda vez que con tales disposiciones no se garantizan efectiva y concretamente las máximas de optimización incorporadas en el texto superior, dada la condición de subordinado que frente a la Fiscal General de la Nación, ostenta la Vicefiscal (...).

“La independencia depende fundamentalmente de la capacidad de no ser dependiente, lo cual se le garantiza al Fiscal General de la Nación con un período constitucional en el cual ejerce su

⁶ “Artículo 113. Composición. La Fiscalía General de la Nación para el ejercicio de la acción penal estará integrada por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal, los fiscales y los funcionarios que él designe y estén previstos en el estatuto orgánico de la institución para esos efectos”.

⁷ “Art. 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: (...)

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”.

función, sin consideración adicional, situación que no se puede predicar del Vicefiscal, funcionario que pende simplemente de un acto administrativo discrecional (...)".

2.2. **Seguidamente**, es menester explicar que los servidores mencionados, en la órbita de sus competencias, hacen parte de la Dirección de la Fiscalía General de la Nación y, por ese motivo, las funciones atribuidas a ambos implican la armonización, entre ellos, de esfuerzos y criterios en aras de sacar adelante la misión institucional de la Fiscalía General de la Nación; por ende, resulta contradictorio, cuando menos, exigirle a la señora Vicefiscal la adopción de una postura que pueda resultar diametralmente apartada de los designios que ella misma ha ayudado a edificar en esa institución y diferente a los lineamientos previstos y direccionados por su jefe, para la persecución de los punibles, por disposiciones constitucionales y legales. Es inconcebible, que en el contexto, pueda, en su condición de subordinada, actuar como rueda suelta frente al programa institucional que contra el crimen debe regentar el señor Fiscal General.

En nuestro ordenamiento Fiscal y Vicefiscal se deben ligar y atar necesariamente bajo la misma comunidad ideológica de políticas públicas, políticas criminales, propósitos, fines e intereses para sacar adelante las tareas que competen constitucional, legal y administrativamente a la Fiscalía, así como el proyecto administrativo o plan que debe prohijar y adelantar cada Fiscal General de la Nación, como cabeza visible y responsable de la investigación criminal e instrucción de los negocios frente a los delitos. No puede jamás entenderseles como contradictores,

inamistosos, desvertebrados pragmática o conceptualmente, ni menos, como enemigos. De ese modo fracasaría la política criminal.

La aseveración precedente encuentra asidero en las potestades entregadas constitucional y legalmente a esos funcionarios, por cuanto, de una parte, al señor Fiscal le concierne, entre otras cosas, “(...) [f]ormular y adoptar las políticas, directrices, lineamientos y protocolos para el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación en la Constitución y en la ley (...)”, “[d]irigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria de los presuntos infractores de la ley penal (...)”, y

“(...) [f]ormular políticas y fijar directrices para asegurar el ejercicio eficiente y coherente de la acción penal, las cuales, en desarrollo de los principios de unidad de gestión y jerarquía, son vinculantes y de aplicación obligatoria para todas las dependencias de la entidad (...)” (art. 4 del D. 16 de 2014).

Por la otra, a la Vicefiscal le atañen, principalmente, las tareas de “(...) [a]sesorar al Fiscal General de la Nación en la formulación y ejecución de las políticas de la entidad (...)”, “(...) [c]umplir las funciones y competencias que le haya delegado el Fiscal General de la Nación y representarlo en las actuaciones en que haya sido designado (...)”, y “(...) [d]irigir, liderar, coordinar y hacer seguimiento a los procesos y dependencias misionales de la Fiscalía General de la Nación adscritas a su Despacho, bajo los lineamientos del Fiscal General de la Nación y las políticas institucionales” (art. 15 *ibídem*).

2.3. **Como colofón**, tampoco se puede pasar por alto que el Fiscal General de la Nación edificó su impedimento en el precepto 56 de la Ley 906 de 2004, esto es, cuando *“(...) el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso (...)”*.

Al respecto, al igual que en ocasiones anteriores, adujo que asesoró a una de las empresas involucradas en los contratos materia de indagación, asegurando:

“(...) el suscrito Fiscal General de la Nación, obrando como abogado en ejercicio, en el período transcurrido entre septiembre de 2015 y marzo de 2016 (...) fue contratado por el denominado Grupo Aval para reclamar a la firma brasilera [Odebrecht], el pago de varios contratos que por decisión de la multinacional fueron efectuados a favor de terceros, desde Consol y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. La reclamación se fundaba en la consideración de que, luego de una auditoría que había efectuado el referido Grupo, no se advertía que varios contratos encontrarán sustento o justificación operacional alguna para Consol o la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

“Dichas reclamaciones concluyeron en un contrato de transacción entre el Grupo Aval y Odebrecht, cuya redacción le fue encomendada por Aval a Néstor Humberto Martínez Neira, contrato que fue suscrito el 11 de marzo de 2016, por virtud del cual la empresa brasilera convino en reembolsar al Consorcio Constructor las partidas dinerarias y abstenerse de cobrar unos gastos (...).

“(...) entre los contratos cuestionados en su momento por el poderdante del suscrito Fiscal se encuentran varios que (...) han permitido a la Fiscalía concluir que (...) fueron utilizados por Odebrecht para instrumentalizar delitos contra la administración pública, entre ellos los celebrados con el Consorcio Sion y Consultores Unidos S.A.

“(...) que por tal virtud, que establecido que precisamente a las investigaciones penales, el abogado Martínez Neira (...) conceptuó sobre la improcedencia e impertinencia de varios contratos suscritos con sus proveedores por parte de Consol y Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por virtud de los cuales

formuló reclamaciones económicas en contra de Odebrecht y obtuvo su devolución (...)”.

De esta manera, aceptó haber estado involucrado como asesor en los negocios jurídicos vinculados a la investigación penal, sino que también rindió un concepto profesional al respecto; por lo mismo, cual lo coligió el plenario de la Corte, está plenamente justificado su apartamiento del caso, postura, insisto una vez más, debería ser extensiva para su mano derecha en el ente acusador, pues comparten, como es apenas obvio, finalidades, opiniones y deseos conjuntos en la dirección de ese organismo.

No obstante, es relevante aclarar, no cualquier causal de impedimento puede servir para apartar a la Vicefiscal de una investigación, por cuanto eso es viable cuando, como ahora, sea evidente la existencia de una postura frente a un asunto por parte de la cabeza de ese ente, quien, además, dicta los designios a seguir por todos sus subordinados y/o dependientes.

Frente a ese punto, conviene memorar lo dicho en un salvamento parcial de voto rendido por el Dr. William Namén Vargas, exmagistrado de esta Corporación, en un asunto de similar acontecer:

“(...) por último, en mi opinión, la garantía de imparcialidad e independencia judicial, no se compromete de suyo, por sí y ante sí, cuando el dependiente ejerce la función confinada por el ordenamiento jurídico al superior, lo cual, genera alguna suspicacia, sea o no de libre nombramiento o remoción. Este aspecto es cuestión de hecho apreciada para cada caso concreto, sin admitirse un criterio abstracto a priori. Ambos han de actuar con estricta imparcialidad e independencia en la

*administración de justicia frente a los sujetos procesales, partes e intervinientes, sin interferencias de ninguna índole (...)*⁸.

2.4. No puede olvidarse, la institución de los impedimentos y las recusaciones, en cualquiera de las esferas donde opera, tiene por finalidad suprema asegurar la imparcialidad de los funcionarios y de mantener el prestigio de la administración de justicia. Así lo tiene decantado esta Sala de Casación⁹.

Su fundamento último se halla en razones y principios de moralidad y de justicia. Para conocer de un determinado asunto, no basta que el funcionario tenga competencia ni la ciencia necesaria para instruir o juzgar con acierto, sino que es indispensable que sea imparcial y que inspire confianza de que habrán de proceder de manera ecuánime, con la rectitud más absoluta en las discusiones jurídicas y en el pronunciamiento de decisiones¹⁰.

Consiste pues el impedimento en cualquiera de las circunstancias o causas que concurren en los funcionarios, en virtud de las cuales debe abstenerse de conocer de un negocio en particular. O, dicho de otro modo, es la concurrencia en relación con un servidor público de motivos por los cuales la ley lo separa del conocimiento de una controversia no obstante estarle atribuida de manera

⁸ Voto particular frente al proveído de la Sala Plena del 28 de junio de 2011, exp. 2011-00019-00.

⁹ CSJ SC del 12 de noviembre de 1935 (M.P. Miguel Moreno Jaramillo).

¹⁰ Así: PORRAS, Demetrio. *Practica Forense y ó Prontuario de Organización y Procedimientos Judiciales. Tomo I.* Imprenta de Silvestre y Compañía. Bogotá. 1882. Págs. 286-287.

general, viniendo a ser, por tanto, especial la incompetencia suya¹¹.

Concepto análogo del impedimento, y las razones que llevan a su instauración, refiere la Ley X del Título IV de la Partida III de Alfonso X, donde el Rey Sabio, en los albores del Siglo XIII, dejó consignado:

“Ley X. Cómo el juzgador se debe guardar de non oír su pleito mismo nin otro de que él hubiese ante sido abogado ó consejero.

*“Juez, et demandador et demandado son tres personas que coviene que sean en todo pleyto que se demanda por juicio: et por ende decimos que ningunt judgador non puede nin debe oír nin librar pleyto sobre cosa suya ó que a él pertenesca, porque non debe un hoe tener logar de dos así como de juez et de demandador. **Otrosí decimos que ningunt home non debe oír nin librar pleyto de que él mismo hubiese seido ante abogado ó consejero: et esto tovieron por bien los sabios antiguos por esta razón, por que si él diese después sentencia contra la parte que ante ayudaba o consejaba, mostrarse hie por abogado torticero: otrosí si diese juicio por ella, sospecharien contra él que lo ficiera por amor de ayudar á aquella parte que primero consejara**”¹²*
(Resaltos para hacer énfasis).

Glosando ese cuerpo normativo, que bien ha merecido el calificativo postrero de «*enciclopedia humanista*», Gregorio López, miembro del Consejo Real de Indias, expresaba: “*En cada juicio y se requieren tres personas: juez, por supuesto, actor y reo: por lo tanto, nadie puede en causa propia ser juez, ni ocupar su lugar, ni éste puede ser juez en la causa cuando ha sido abogado o consejero: porque si*

¹¹ Cfr. GONZALEZ VELÁSQUEZ, Julio. *Institución Procesal Civil Colombiana. Comentarios al Código Judicial*. Librería y Editorial Siglo XX Ltda. Medellín. 1946. Pág. 201.

¹² *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia y Glosadas por el Lic. Gregorio López. Tomo II. Segunda y Tercera Partida*. Lecointe y Laserre Editores. Paris. 1843. Págs. 422-423.

*contra su propio consejo sentenciara, parecería injusto, y contrario a sí mismo (...)*¹³.

3. Por lo expuesto, estimo desacertada la Conclusión adoptada respecto de este preciso tópico por la Corte; en lugar de ello, debió evaluarse la asignación de un fiscal *ad hoc* que garantizara una investigación independiente y veraz para ese asunto.

Varios postulados constitucionales y convencionales defienden y respaldan mi posicionamiento, tales como la eficacia del Estado Social de Derecho; la prevalencia del interés general; la necesidad de asegurar “*la vigencia de un orden justo*”; el debido proceso; el acceso a la administración de justicia; las garantías y la protección judiciales (arts. 1, 2, 29, 228 y 229 de la Constitución

¹³ *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia y Glosadas por el Lic. Gregorio López. Tomo II. Segunda y Tercera Partida. Lecointe y Laserre Editores. Paris. 1843. Págs. 422-423.*

Política¹⁴, y 8, 9 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵).

¹⁴ “Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

“Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)”.

“Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”.

“Art. 228. 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 (...)”.

“Art. 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

¹⁵ “Artículo 8. 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

“Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por

El enfrentamiento directo del inciso 2º del canon 58 de la Ley 906 de 2004 con las normas supralegales referidas, lleva forzosamente a concluir que esa disposición, aplicable en los eventos de recusación o impedimento del Fiscal General, es abiertamente inconstitucional e inconvenicional; por tal motivo, debe ser excluida del ordenamiento jurídico colombiano y, en lo tocante con el caso concreto, fulge necesario gobernar la cuestión al amparo del canon 4 de la Carta, para designar Fiscal *Ad Hoc* siguiendo el procedimiento para la designación del Fiscal General, con el único y supremo fin, se reitera, de garantizar la independencia, imparcialidad y objetividad del investigador en ese asunto.

Principalmente, debe defenderse el principio democrático y la separación estricta de los poderes del Estado, en una cuestión de tanta importancia y trascendencia como lo es el ejercicio de la acción penal y la investigación de punibles ejecutados en detrimento de la administración pública (Título XV, Libro Segundo del Código Penal), bien jurídico de primera magnitud en nuestro ordenamiento, por cuanto

“(...) protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las

la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

*decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a más de sus bienes materiales (...)*¹⁶.

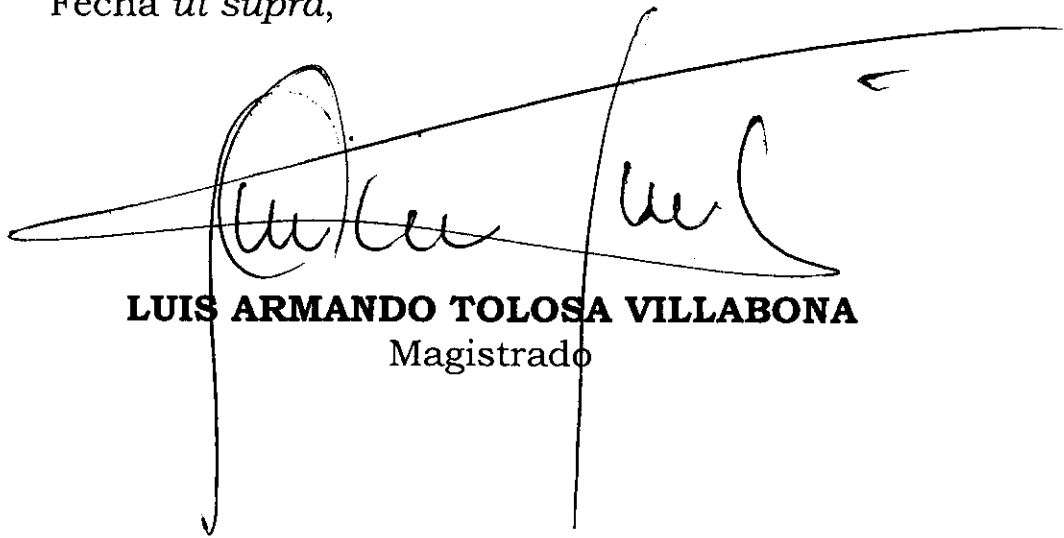
4. Las causas más frecuentes y comunes de la corrupción se encuentran, entre otras, en la indiferencia, falta de control y de reproche de los ciudadanos respecto del manejo de la *res pública*. Las prácticas corruptas se han tornado en conductas cíclicas y generacionalmente reiteradas ante los ojos impasibles de nuestra sociedad, ocasionando daños graves, no sólo de índole económico sino también a los valores, a la ética y a la dignidad colectiva del país, particularmente a los colombianos menos favorecidos, al seguir condenándolos irredimiblemente a la segregación, inequidad y pobreza.

La Corte no puede desperdiciar una oportunidad histórica, exigiendo, así parezca que con extremo rigor, la ecuanimidad de quien instruye procesos de la magnitud de los hoy auscultados, desligando a todos aquellos servidores que puedan tener comprometido su discernimiento, así sea de mínima forma. De esa manera, se enviaría un mensaje positivo a la ciudadanía, proyectado en el hecho de que es incuestionable la rectitud y probidad de quienes participan en la investigación y el juzgamiento de los crímenes. Será esa señal inequívoca, necesaria para volver a consolidar la confianza en las instituciones públicas.

¹⁶ CSJ SP del 13 de octubre de 2004, rad. 18911; citada en otro fallo del 31 de mayo de 2011, exp. 34112.

5. En los anteriores términos dejo consignada mi discrepancia con la decisión adoptada en la providencia de la referencia, tras considerar que la Plenaria de la Corte debió adoptar una postura más activa, atendiendo la dimensión de la problemática planteada y su importancia en el escenario nacional e internacional.

Fecha *ut supra*,



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado