

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE  
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ  
APROBADO ACTA No. 293-**

Bogotá, D. C., cinco (5) de septiembre de dos mil trece (2013).

**ASUNTO**

Se resuelven las impugnaciones formuladas por los doctores **EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT** -a través de apoderado- Fiscal General de la Nación, y **RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ**, Contralor delegado para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad contra el fallo del 15 de julio de 2013, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela interpuesta por el primero de los mencionados.

A la acción fue vinculada la Dirección Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación.

**ANTECEDENTES**

**1. Los hechos y los fundamentos de la acción.**

El 15 de mayo de 2013, el Contralor Delegado para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad le solicitó al Fiscal General de la Nación que explicara el motivo por el que rindió en forma

extemporánea el informe de gestión contractual, correspondiente al cuarto trimestre de 2012.

Dos días después, la Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía contestó que debido al cese de labores de la rama judicial, durante noviembre de 2012, el funcionario encargado de presentar el informe no logró consolidar y validar la información a nivel nacional, razón por la cual se solicitó una prórroga *“a través del procedimiento M1 sobre “cuenta o informe anual consolidado” y no con el procedimiento M9 que es el diseñado para remitir el informe trimestral SIRECI”*<sup>1</sup>, que fue aceptada el 17 de enero de 2013, fijando como fecha límite para la rendición respectiva el 8 de marzo siguiente.

Ese día se entregó la información y la Contraloría confirmó el recibido extemporáneo.

No obstante, el 23 de mayo, el Contralor Delegado elevó cargos a título de culpa grave contra el accionante dentro del proceso administrativo sancionatorio fiscal No. 002-13 por haber rendido el aludido informe, de manera extemporánea, al tenor de lo previsto en las resoluciones orgánicas 6289 del 8 de marzo de 2011 y 6445 del 24 de enero de 2012.

Para el efecto, se apoyó en los artículos 101 de la Ley 42 de 1993 y 4º de la Resolución Orgánica 5554 de 2004 de la Contraloría General que autorizan la imposición de multas hasta de cinco (5) salarios devengados, a los servidores que manejen fondos o

---

<sup>1</sup> Cfr. folio 5 del cuaderno principal.

bienes del Estado y no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos.

Aunque más de 500 entidades están obligadas a rendir los referidos informes, solo unas 50 los presentan por fuera del término y otras -quizá 100- no lo hacen. No se tiene noticia, asegura, de la iniciación de alguna otra actuación sancionatoria.

En consecuencia, el actor estima vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad y el principio de proporcionalidad.

Explica que se incurrió en *defecto orgánico* porque la Contraloría General de la República violó el principio de juez natural, habida cuenta que carece de competencia para investigar fiscal y sancionatoriamente al Fiscal General de la Nación, en atención al fuero constitucional integral y general que lo ampara.

También se recayó en *defecto sustantivo* pues las actuaciones que se le atribuyen: rendir cuentas e informes a la Contraloría General de la República no están dentro del ámbito de su competencia (artículos 250 y 251 Superiores y 11 de la Ley 938 de 2004) sino en el de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación (artículo 31, numeral 12 ejúsdem).

De igual modo, denuncia la violación de los derechos de contradicción y defensa derivada de que no se haya fundamentado, de manera adecuada, el título de culpa grave.

Acusa, igualmente, la existencia de *defecto fáctico* como consecuencia de que se ignoraran las respuestas entregadas por la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía en las que se acreditó que se cumplió con la obligación demandada por la Contraloría.

La conculcación del derecho a la igualdad proviene del hecho de que únicamente se haya iniciado proceso sancionatorio en contra del accionante, pese a que otras entidades también incumplieron la misma obligación.

Por último, se quebrantaron los principios de proporcionalidad y antijuridicidad material en la medida que no se ocasionó un detrimento patrimonial ni un daño a los bienes públicos de la Nación.

Tras sostener que la acción de tutela es procedente en el caso concreto, como mecanismo transitorio, recuerda, con fundamento en jurisprudencia constitucional<sup>2</sup>, que el derecho administrativo sancionador goza de las garantías del *ius puniendi*, de ahí la importancia de que sea el juez natural, esto es, el Congreso de la República, el que lleve a cabo el proceso sancionatorio en contra del Fiscal General de la Nación.

A efecto de demostrar su aserto, a manera de ejemplo, sostiene que, en la sentencia C-417 de 1993, la Corte Constitucional aclaró que el fuero constitucional no solo abarca los aspectos penales sino las faltas de los magistrados de las altas cortes y, en

---

<sup>2</sup> Alude a las sentencias C-818 de 2005, T-438 de 1992 y C-280 de 1996.

ese sentido, *“la Corte entendió que cuando la norma habla de “acusar” y de “hechos y omisiones” se refería también al ámbito sancionatorio”*<sup>3</sup>.

Así mismo, precisa que desde la sentencia C-948 de 2002 se debe entender que *“si hay dos normas constitucionales que establecen la misma competencia prevalece la que se refiere al sujeto especial, y no a la competencia general de una institución”*<sup>4</sup>. En ese orden, precisa que la norma aplicable al caso examinado es la que contempla el fuero especial del Fiscal General y no aquella que le asigna la competencia general, administrativa y sancionatoria a la Contraloría General de la República.

A juicio del demandante, las decisiones del Consejo de Estado que predicán que el fuero constitucional no abarca los procesos administrativos fiscales sino solamente los jurisdiccionales penales y sancionatorios -artículo 179 Superior- no constituyen precedente vinculante respecto de este asunto porque se refieren a procesos fiscales, no a procesos sancionatorios y en todo caso, una lectura de la Carta Fundamental a la luz del principio de unidad de la Constitución permite sostener que el fuero del Fiscal General es integral, pues esta interpretación promueve la vigencia de las garantías de separación de poderes, pesos y contrapesos, autonomía e independencia de la rama judicial y de los órganos de control, debido proceso y juez natural.

---

<sup>3</sup> Cfr. folio 15 del cuaderno principal.

<sup>4</sup> Cfr. folio 17 ibídem.

Es así que, por ejemplo, la Constitución no establece las causales de destitución respecto del Presidente de la República y sin embargo, el artículo 194 dispone que únicamente el Senado podría tomar esa decisión.

Destaca, asimismo que, las cláusulas generales de competencia consagradas en la Constitución frente a la Procuraduría y la Contraloría son iguales y operan sobre las instituciones pero no sobre los funcionarios con fuero especial, al punto que no cabe duda que la primera de ellas pierde su poder sancionatorio preferente frente a magistrados de las altas cortes (sentencia C-244 de 1996). Así las cosas, se debe concluir que dicha cláusula no es absoluta pues no se puede concebir que exista un órgano de control sin limitaciones.

En consecuencia, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, declarar la nulidad del auto No. 002-1307 por cuyo medio se le formularon cargos al accionante y, como consecuencia de lo anterior, archivar las diligencias.

Igualmente, pidió como medida provisional la suspensión de la actuación atacada, la cual fue negada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá mediante auto del 2 de julio de 2013.

## **2. La respuesta.**

El accionado se opuso a la prosperidad del amparo deprecado con fundamento en los siguientes argumentos.

La Contraloría General de la República es competente para imponer sanciones en ejercicio del “*control fiscal a la gestión de las entidades que manejen y/o administren fondos mediante la imposición del reproche correspondiente*”<sup>5</sup>, con arreglo a los artículos 268, numerales 1, 2, 4 y 11 de la Constitución Política, 16 de la Ley 42 de 1993 y las Resoluciones Orgánicas No. 6445 del 6 de enero de 2012, 5554 de 11 de marzo de 2004 y 5707 del 30 de diciembre de 2005.

Es improcedente la excusa que acude a la delegación de la obligación en la Dirección Nacional Administrativa y Financiera con fundamento en la Ley 938 de 2004, ya que tanto la Resolución Orgánica No. 6289 del 8 de marzo de 2011 modificada por la No. 6445 del 6 de enero de 2012 como la jurisprudencia “*son precisas en determinar en quién recae el deber de dar respuesta a las solicitudes dadas por el Órgano de Control y del deber de vigilar las funciones delegadas*”<sup>6</sup>.

La conducta desplegada por el Fiscal General de la Nación se imputó a título de culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil, ya que “*no ejerció de manera diligente y pronta el cumplimiento de su deber en cuanto a allegar la información solicitada por el Ente Fiscalizador a la Fiscalía General de la Nación, en lo que se refiere al envío del informe de Gestión Contractual correspondiente al cuarto trimestre de 2012*”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. folio 94 vuelto *ibídem*.

<sup>6</sup> Cfr. folio 93 *ibídem*.

<sup>7</sup> Cfr. folio 95 *ibídem*.

No tiene conocimiento sobre algún proceso administrativo sancionatorio o de responsabilidad fiscal contra algún Fiscal General de la Nación.

Así mismo, de las 39 entidades sometidas al control fiscal, 7 de ellas no rindieron oportunamente el informe solicitado (Fiscalía General de la Nación, Dirección General de Sanidad Marítima, Policía Nacional, Unidad Nacional de Protección, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Hospital Militar y Comando del Ejército Nacional) y contra las dos primeras se inició proceso administrativo sancionatorio, el resto están en trámite de iniciar averiguaciones preliminares.

Por último, en respuesta a la petición de medida provisional, destaca que mediante resolución No. 011 del 2 de julio de 2013, se archivó el proceso acusado por cuanto se constató que el investigado obró bajo una causal eximente de responsabilidad: la fuerza mayor, derivada de un hecho imprevisto, como lo es el cese de actividades de los trabajadores de la rama judicial.

## **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente el amparo deprecado como quiera que verificó la existencia de un hecho superado, como consecuencia del archivo del proceso sancionatorio fiscal iniciado contra el doctor **EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**.

En todo caso, previa precisión acerca de cuáles son los funcionarios que gozan de fuero especial, por razón del cargo que ocupan, -Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación-, conforme a los artículos 174 y 178 de la Constitución Política, predica que ellos solo pueden ser investigados y juzgados por el Congreso de la República, frente a aspectos sancionatorios, cuando quiera que incurran en faltas previstas en la Constitución o la ley.

Asegura que desde una interpretación sistemática, respetuosa de los principios de autonomía e independencia judicial, dichas normas *“no consagran una clausula (sic) cerrada que apunten exclusivamente a temas penales sino que dejan un razonable margen para comprender, como lo señala el accionante, que la competencia que allí se asigna comprende todos los asuntos que de una u otra forma implican la posible imposición de una sanción -penal o disciplinaria-.”*<sup>8</sup>

Se apoya en la sentencia C-417 de 1993 para destacar que la facultad disciplinaria de los aforados recae exclusivamente en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. Así mismo, es ese ente el encargado de sancionar por desacato a dichos funcionarios, al tenor del artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

Tras distinguir entre los procesos de responsabilidad fiscal -de carácter patrimonial y de finalidad reparatoria- y los

---

<sup>8</sup> Cfr. folio 13 del fallo de primera instancia a folio 110 ibídem.

sancionatorios fiscales -de naturaleza disciplinaria- afirma que estos últimos, no se pueden analizar con las reglas generales ni basta acudir a la ley sino a la Constitución -artículos 174 y 178- conforme a la cual se debe inferir que la Contraloría carece de competencia para adelantar actuaciones de este tipo, respecto a los aforados especiales, entre ellos, el Fiscal General de la Nación.

De este modo, concluye que el accionado incurrió en un defecto orgánico protuberante que afectó el debido proceso del actor.

Con todo, aclara que si se hubiera tratado de un proceso de responsabilidad fiscal, el aludido vicio no sería evidente conforme al criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Para cerrar, indica que no corresponde al juez constitucional pronunciarse sobre los argumentos del demandante mediante los cuales pretende controvertir los cargos fiscales, pues son asuntos que tendría que analizar el funcionario competente.

## **IMPUGNACIÓN**

### **1. Fiscal General de la Nación.**

Su apoderado impugnó la sentencia constitucional que viene de reseñarse y, para el efecto, rebatió la declaración de hecho superado e insistió en los argumentos que le sirvieron de base a la solicitud de amparo.

Aseveró que, continúa la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al juez natural, toda vez que la Contraloría no archivó la actuación, con fundamento en la excepción previa de incompetencia, sino por razón del reconocimiento de fuerza mayor, cuestión que desconoce la garantía de no repetición pues deja abierta la posibilidad para que, el órgano de control accionado vuelva a iniciar procesos de este tipo en contra del Fiscal General de la Nación, desconociendo su calidad de aforado constitucional.

En ese orden, es del criterio que el Tribunal debió conceder el amparo deprecado, anular la actuación para que la Contraloría aceptara dicha excepción y prevenirla a fin de que no volviera a incurrir en la irregularidad denunciada.

Además, el fallo acusado quebrantó el principio de congruencia pues no obstante reconocer que la demandada era incompetente para adelantar el proceso sancionatorio, declaró improcedente la petición de amparo con base en la declaración de hecho superado sin anular la actuación. En este punto, adviera que “(...) *si la Contraloría General de la República carece de competencia para llevar a cabo procesos sancionatorios contra el Fiscal General de la Nación, no es posible validar cualquier decisión adoptada dentro del proceso sancionatorio, incluso si se trata del archivo del mismo*”<sup>9</sup>, ya que incluso esta determinación parte del supuesto errado de que la Contraloría es competente para iniciar el proceso sancionatorio.

---

<sup>9</sup> Cfr. folio 149 *ibídem*.

Se requiere el pronunciamiento del juez constitucional a efecto de clarificar el alcance del fuero constitucional en materia de control fiscal, como quiera que la Contraloría en la decisión mediante la cual archivó la actuación, omitió referirse a i) la interpretación armónica de las normas constitucionales que regulan las competencias institucionales, derechos y fueros, ii) la equivalencia entre el fuero disciplinario y administrativo, iii) la relación entre el fuero y el sujeto aforado, por fuera de la cláusula general de competencia del órgano de control, iv) el efecto no vinculante de las decisiones del Consejo de Estado y, v) el equilibrio de poderes, la autonomía y la independencia de los poderes públicos.

Remata aseverando que el archivo de la actuación consolidó la transgresión del derecho al debido proceso pues no se respetó el principio de culpabilidad.

## **2. Contralor Delegado para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad.**

Aduce que la acción de tutela es improcedente, habida cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa constituye el procedimiento de defensa judicial alternativo para salvaguardar los presuntos derechos vulnerados.

Distingue entre los procesos administrativos fiscales y los sancionatorios fiscales y reitera que la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República se fundamenta en los

artículos 268, numeral 5º, de la Constitución Política y 99 al 102 de la Ley 42 de 1993.

Precisa que al Fiscal General no se le inició ningún proceso de responsabilidad fiscal. Contra él se adelantó un trámite administrativo sancionatorio fiscal que es autónomo, independiente y con finalidades distintas al disciplinario. En apoyo de su tesis, cita jurisprudencia del Consejo de Estado que discierne sobre las clases de multas en uno y otro tipo de proceso.

Destaca la contradicción existente en el fallo acusado derivada de que, de un lado, se haya señalado que la entidad accionada es incompetente para tramitar y decidir asuntos como el estudiado y de otro, haya declarado un hecho superado por virtud del archivo decretado en la actuación atacada.

No desconoce el fuero constitucional que le asiste al Fiscal General de la Nación frente a procesos penales y disciplinarios de competencia de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes. Sin embargo, los artículos 174 y 178 de la Constitución Política no contemplan el control fiscal, asignado a la Contraloría General de la República, en los artículos 119 y 268 numerales 4 y 5 Superiores, 51, numerales 8 y 9 del Decreto Ley 267 de 2000.

En este punto, evoca el auto del 16 de abril de 2012 de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el que se estableció que la competencia para conocer los asuntos de responsabilidad fiscal la tiene la Contraloría General de la República, así como la

sentencia C-484 de 2000 que diferenció entre la multa y la amonestación del proceso fiscal y la del proceso disciplinario.

Destaca que *“las explicaciones dadas por la Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, pudo generar que la motivación para archivar el proceso sancionatorio fiscal fuera diferente a la sustentada en dicha providencia”*<sup>10</sup>.

Por último, insiste en que no era dicha funcionaria la encargada de rendir el informe echado de menos sino el Fiscal General de la Nación conforme al artículo 268, numeral 4º y 15 de la resolución Orgánica No. 6289 del 8 de marzo de 2011. Igualmente, no puede excusar su responsabilidad, acudiendo para ello a la figura de la delegación.

Solicita modificar la parte motiva del fallo de tutela impugnado *“por defecto sustantivo, en cuanto y en tanto trae consideraciones que de dejarse incólumes podrían afectar el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República”*<sup>11</sup> y confirmar la parte resolutive que declaró improcedente el amparo.

## CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico a resolver.

Corresponde a la Sala decidir si los derechos fundamentales invocados (debido proceso e igualdad) por el doctor EDUARDO

---

<sup>10</sup> Cfr. folio 165 ibídem.

<sup>11</sup> Cfr. folio 167 ibídem.

MONTEALEGRE LYNETT, en su calidad de Fiscal General de la Nación, fueron vulnerados por la Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad al iniciar en su contra un proceso sancionatorio fiscal en el que se profirió pliego de cargos por el presunto incumplimiento de la obligación de rendir el informe de gestión contractual para el cuarto trimestre de 2012.

Si la respuesta fuera positiva, deberá emprender la tarea de verificar si pese a que en dicha actuación, durante el trámite de la tutela, se dictó resolución de archivo, hay lugar o no a conceder el amparo deprecado.

## ***2. Sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales o administrativas.***

2.1. La acción de tutela fue diseñada por el constituyente para proteger los derechos de los ciudadanos, cuando quiera que resulten afectados por la acción u omisión de la autoridad pública y no exista ninguna otra vía procesal idónea establecida por el legislador para obtenerlo.

La jurisprudencia ha sostenido que su prosperidad está atada a que se cumplan una serie de requisitos de procedibilidad de carácter específico, que apuntan a la procedencia misma del amparo<sup>12</sup>. De manera que quien acude a ella tiene la carga no sólo respecto de su planteamiento, sino de su demostración.

---

<sup>12</sup> Fallo C-590 de 08 de junio de 2005 y T-332 de 2006.

Al respecto, sabido es que la Corte Constitucional superó el concepto clásico de vía de hecho y redefinió la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales o administrativas, estableciendo que ella es posible cuando con ocasión de la función jurisdiccional se configura alguna causal genérica de procedibilidad, a saber: i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, ii) defecto fáctico, iii) error inducido, iv) decisión sin motivación, v) desconocimiento del precedente y, vi) violación directa de la Constitución.

2.2. En el asunto de la especie, en principio, se podría argumentar que no está satisfecho el principio de subsidiariedad toda vez que el accionante tendría a su alcance la posibilidad de procurar el control contencioso administrativo de la decisión acusada, que para el caso, actualmente, viene a ser la resolución de archivo del proceso sancionatorio fiscal; sin embargo, a juicio de la Sala dicho mecanismo de defensa judicial no resulta idóneo en la medida en que, precisamente lo cuestionado, con intensidad, es la existencia de un defecto orgánico que, dada la naturaleza del régimen sancionatorio del funcionario que lo alega, de no ser corregido a tiempo, llegado el caso, atentaría contra las bases fundamentales del Estado de Derecho.

Así mismo, se constata que el postulado de inmediatez se cumple a cabalidad pues la acción de tutela fue promovida cuando, incluso, aún no se había archivado la actuación acusada.

De este modo, se impone examinar, si como lo sostiene el demandante, la actuación de la Contraloría comporta una lesión severa de las garantías procesales del accionante.

### **3. Sobre los sujetos pasivos del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.**

3.1. La Constitución de 1991 instituyó a la Contraloría General de la República como un órgano de control<sup>13</sup>, autónomo administrativa y presupuestalmente, encargado de vigilar de forma posterior y selectiva la gestión fiscal (artículo 267) de las entidades y servidores públicos, y los particulares que manejen bienes del Estado, así como de controlar los resultados de la administración (artículo 119 ejúsdem<sup>14</sup>).

Al especializar esta función, la Carta Política se apartó del modelo clásico de división tripartita del poder implementado en la Constitución de 1886 y, en especial, de la coadministración que dicha entidad venía ejerciendo mediante el control fiscal previo, el cual se le encomendó a la misma administración para ser ejercida a través de los mecanismos de control interno.

Sobre el control fiscal como una función pública de vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares en el manejo de los bienes del Estado, la Corte Constitucional adveró en sentencia C-374 de 1995:

---

<sup>13</sup> Artículo 117 de la Constitución Política.

<sup>14</sup> Artículo 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

*“En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (arts. 267, 268 y 272 C.P.).*

*El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:*

*a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.*

*b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.*

*Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.*

*c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.*

*d) Consecuente con la concepción participativa del Estado Social de Derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración.*

*En la Constitución el ejercicio de la función pública de control, obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control, están dotadas de autonomía e independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.*

*La Constitución diseñó la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía administrativa y presupuestal, encargada de la función pública del control fiscal, cuyo ejercicio comporta la responsabilidad de "vigilar la gestión fiscal" de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, con arreglo a las atribuciones especiales que le han sido señaladas (C.P. arts. 267, incs. 1o y 4o y 268).*

*En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (inciso 2o. art. 267, ibídem).”*

Para ejercer el control fiscal, la Constitución, en su artículo 268 y las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, dotaron a la Contraloría General de la República de precisas facultades que le permiten realizar, respecto de los servidores públicos y particulares que

administren fondos o bienes del Estado el control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, revisar las cuentas y evaluar los mecanismos de control interno.

El artículo 268, numerales 1º, 2º, 4º y 5º, expresa:

*“El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:*

*1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.*

*2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.*

*(...)*

*4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.*

*5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. (...)”*

En similar sentido, el artículo 2º de la ley 42 de 1993 prevé que son sujetos pasivos del control fiscal por parte de la Contraloría *“los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado,*

*las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República”.*

Igualmente, el artículo 1º de la Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”* determina que dichas actuaciones tienen por fin *“determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”*.

Y tratándose, específicamente, de la rendición de los informes a los que alude el numeral 3º del artículo 268 de la Constitución<sup>15</sup> y demás obligaciones derivadas de la gestión fiscal, los artículos 99 al 101 de la Ley 42 de 1993 determinan que las sanciones son imponibles respecto de los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado<sup>16</sup>.

3.2. Siendo esto así, lo primero que cabe preguntarse es si, frente al caso concreto, esto es, la rendición del informe de gestión contractual para el trimestre 2012, el Fiscal General de la Nación es el sujeto pasivo fiscalizable.

La respuesta es categórica: no. En dos sentidos.

Primero, porque la función, cuyo incumplimiento se le adjudica al accionante, no es de su resorte, sino de la Dirección

---

<sup>15</sup> El incumplimiento de esta obligación habilita el inicio de un proceso administrativo sancionatorio fiscal.

<sup>16</sup> El artículo 51 del Decreto Ley 267 de 2000 determinó las facultades de la Contraloría Delegada para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, entre ellas, la de sancionar a los sujetos pasivos de la vigilancia fiscal, en los términos del artículo 101 de la Ley 42 de 1993.

Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, por mandato del artículo 31 de la Ley 938 de 2004<sup>17</sup> -no por delegación como erradamente lo pregona la Contraloría-, y tanto la Constitución (artículo 268, numeral 4º) como el Decreto Ley 267 de 2000 (artículo 51) son expresos en señalar que la función de vigilancia de la gestión fiscal recae sobre el funcionario que maneje o administre los fondos o bienes públicos, atribución gestora que no se adecua al servidor público accionante.

Así mismo, si bien el artículo 15 de la Resolución Orgánica No. 6289 del 8 de marzo de 2011, predica que “[l]os jefes de entidad o los representantes legales, o quien haga sus veces en los sujetos de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, son responsables de rendir un Informe de la Gestión Contractual por entidad”, lo cierto es que a juicio de la Sala, esta disposición contraviene la Constitución porque la Contraloría no puede interferir en la órbita de las competencias propiamente administrativas de las entidades sometidas a su control, para imponer, por ejemplo, el encargado de rendir los informes por ella solicitados, pues de esta manera infringiría la prohibición de coadministrar con las diferentes instituciones que desempeñan la función pública.

Y segundo, si en gracia de discusión, se admitiera que es el Fiscal General el encargado de la atribución endilgada por la Contraloría, no es esta entidad la llamada a investigarlo, juzgarlo y sancionarlo, pues aquél está sometido al régimen de

---

<sup>17</sup> ARTÍCULO 31. La Dirección Nacional Administrativa y Financiera tiene las siguientes funciones:

(...)

12. Consolidar la información administrativa y financiera para elaborar estudios e informes requeridos por la entidad y organismos externos.

responsabilidad especial previsto en el artículo 174 de la Constitución Política.

En verdad, una lectura desarticulada, fraccionada e interesada de la Carta Fundamental podría dar a entender que absolutamente todos los funcionarios del Estado o los particulares que manejen fondos o bienes públicos están sometidos al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.

En efecto, si se leen aisladamente los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 268 Superior y los preceptos que los desarrollan, los cuales postulan una cláusula general de competencia en punto de los funcionarios responsables del manejo de los bienes o fondos públicos, podría llegarse a la errada conclusión que el poder fiscalizador de la Contraloría alcanza también a los aforados constitucionales.

Pero, claramente, esta no es la interpretación que gobierna las relaciones de poder en un Estado de Derecho garante de los principios democráticos de separación de poderes, autonomía e independencia de los órganos del poder público y juez natural.

En efecto, la Corte, como juez de tutela, se enfrenta a la confrontación normativa de varios preceptos de carácter constitucional y legal que parecieran ser excluyentes, en la medida que unos garantizan el poder preferente de la Contraloría General de la República respecto de todos aquellos que manejen bienes o fondos públicos (artículos 267, 268), y otros que defienden la estabilidad estatal y establecen un

régimen de responsabilidad especial respecto de los altos dignatarios del Estado, que asigna la competencia integral al Congreso de la República (artículos 116, 174, 175 y 178).

Es aquí donde el intérprete debe acudir al principio de unidad de la Constitución para seleccionar el sentido hermenéutico que se ajuste más al modelo de Estado y a la preservación de las instituciones.

#### **4. Sobre la articulación del principio democrático de separación de poderes y el régimen de responsabilidad de los altos funcionarios del Estado.**

4.1. Una nota característica de los Estados de Derecho es la configuración de un régimen de responsabilidad especial respecto de los altos funcionarios del Estado. Este responde no solo al mayor grado de exigencia que se impone con carácter general a los servidores públicos (artículos 122, 123 inciso 2º y 124 de la Constitución Política) sino a la encumbrada posición que desempeñan dentro de la estructura jerárquica del Estado.

Es así como se asigna un fuero privativo a las cabezas de los poderes establecidos, a efecto de que sus faltas y conductas punibles únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por un órgano de igual jerarquía dentro de la estructura estatal, premisa que garantiza un control equitativo de la función pública.

Este fuero se explica en la necesidad de mantener la armonía y la estabilidad en la gestión administrativa, legislativa y judicial, no así en la concesión de una prerrogativa que descansa en la sola dignidad del funcionario. El fuero no es personal sino que asiste al sujeto por razón del alto cargo que desempeña otorgándole la posibilidad de que sea un órgano instituido, de aquellos que tradicionalmente integran el poder público, el que escudriñe su labor y determine si hay lugar a sancionarlo por el desempeño arbitrario de la función encomendada e incluso por sus infracciones comunes.

Esta tesis tiene su asidero en el principio de separación de los poderes públicos, consagrado en el artículo 113 constitucional. Aunque ya no es posible acudir a la concepción teórica original planteada por Montesquieu de que *“el poder ha de limitarse con el poder”*, entendida como un mecanismo dirigido a evitar la arbitrariedad, en tanto el poder se divide y los órganos resultantes se equilibran y contrapesan entre sí<sup>18</sup>, debido a la complejidad que esa tesis ha cobrado en la actualidad<sup>19</sup>, hay que

---

<sup>18</sup> Libertad y división de poderes. De Agapito Serrano, Rafael. Madrid: Tecnos, S.A.. 1989. P. 9

<sup>19</sup>“... la división de poderes tiene hoy que incluir otros aspectos junto a las tradicionales funciones del Estado y a su necesaria colaboración y control recíproco. Entre estos aspectos cabe mencionar el dualismo entre legislador constituyente y legislador ordinario, la división interna de los órganos superiores del Estado (del legislativo en dos Cámaras o, dentro del ejecutivo, entre órganos políticos y burocracia), la división vertical de poderes, la dimensión temporal de esta división a través de una serialización de las distintas elecciones, o la referencia al pluralismo político y a su reflejo en la dicotomía Gobierno y Oposición.” Dos factores que afectan con mayor complejidad: a) “... la emergencia de una Administración que a través de su vinculación con el ejecutivo establece la tendencia a reforzar la posición de éste sobre las demás funciones del Estado, así como llevar a cabo una mayor centralización en la acción del Estado, cosa por lo demás visible incluso en los Estados federales (así, por ejemplo, la noción del «federalismo cooperativo»). Por su parte, este desarrollo ha generado la necesidad de incrementar los medios concretos de control de la actividad de la Administración: bien a través de la regulación de los procedimientos en tomas de decisiones y de los mecanismos para su posible impugnación, de la participación ciudadana en tales procesos de formación de las decisiones, o incluso mediante la garantía de acentuar el carácter autónomo de diversos órganos especiales de la Administración.” b) “... la aceptación generalizada de la función de control de

evitar el “empobrecimiento teórico del sentido racional originario de la división de poderes”<sup>20</sup>. La existencia de nuevas instituciones, órganos y funciones estatales, que han surgido tras la ampliación y complejización burocrática del Estado Social de Derecho<sup>21</sup>, no implica la pérdida de sentido e importancia de la autolimitación del poder y la separación de las funciones estatales, así se requiera, como lo señala nuestra Carta Fundamental, la colaboración armónica entre los distintos órganos estatales, tanto tradicionales como autónomos e independientes.

No basta con que cada institución u órgano defina, lo mejor posible el ámbito de sus funciones. Tampoco es suficiente con que cada una haga respetar su autonomía e independencia (la facultad de control y vigilancia de la gestión fiscal del Estado, en el caso de la Contraloría General de la República y la Investigación de las causas penales, en tratándose de la Fiscalía General de la Nación) y además suministre información y colabore armónicamente con otras instituciones. El principio de división de poderes implica que ninguna institución, órgano o funcionario desborde su ámbito de competencia, pues ello deviene en un escenario de inestabilidad institucional e

---

*constitucionalidad, bajo sus muy diversas formas, parece también rebasar el esquema y la aceptación teórica originarios de la división de poderes, pero al mismo tiempo plantea nuevos problemas de definición y delimitación de las distintas funciones superiores del Estado.”* Ibídem. P. 13

<sup>20</sup> Ibídem. P. 13

<sup>21</sup> “El sencillo modelo de la división de poderes - complejo para su tiempo, puesto que aumentaba los componentes y diversificaba las funciones de un poder hasta entonces formalmente unificado en el rey- si bien conserva su validez desde el punto de vista jurídico formal y tiene todavía sentido como mecanismo de limitación y control del poder estatal, sin embargo, se ha hecho mucho más complejo, tanto por la intrusión en su funcionamiento de poderes originalmente extraestatales, como por fenómenos originados dentro del sistema estatal mismo” Las transformaciones del Estado contemporáneo. García-Pelayo, Manuel. Madrid: Alianza Universiad. 1993 P. 175.

inseguridad jurídica, situación que afecta de forma proporcional el funcionamiento y la estabilidad del Estado de Derecho.

4.2. La Constitución Política de 1991 consolidó tres categorías de altos funcionarios, a quienes por estar sometidos a un régimen de responsabilidad especial, en igual medida, se les asignó un juez natural no ordinario.

Es así cómo, el Presidente de la República -o quien haga sus veces-, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, en una primera fase, únicamente, pueden ser investigados y juzgados por el Congreso de la República y, luego, por la Corte Suprema de Justicia si hay lugar a ello, dada la comisión de algún delito (artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política).

Por su parte, los miembros del Congreso (artículo 235-3 ejúsdem) son investigados y juzgados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Y, finalmente, los ministros del despacho, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los agentes del ministerio público ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales superiores y administrativos, los directores de departamentos administrativos, el Contralor General de la República, los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, los gobernadores, los magistrados de tribunales y los generales y almirantes de la fuerza pública (artículo 235-4

ejúsdem), son juzgados de forma directa por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación.

Al primer grupo de los funcionarios mencionados se circunscribirá esta providencia, habida cuenta que el fuero que se discute corresponde al del Fiscal General de la Nación.

Es importante tomar como punto de partida el siguiente presupuesto: la tesis vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, en eso no hubo solución de continuidad con la Constitución de 1886, es la responsabilidad absoluta de todos los funcionarios del Estado, incluido el Presidente de la República, en los casos de violaciones u omisiones en el cumplimiento de la Constitución o de la ley<sup>22</sup>. Dicho lo anterior, debe insistirse que el fuero de juzgamiento, consagrado en los artículos 174 y 178 de la norma superior, no significa inmunidad o una investigación menos rigurosa ofrecida a los altos funcionarios o que se pretenda otorgar al aforado un privilegio con fundamento en su carisma o dignidad personal.

En vigencia de la Constitución de 1886, los artículos 96<sup>23</sup>, 97<sup>24</sup> y 102<sup>25</sup> facultaron a la Cámara de Representantes y al Senado de la

---

<sup>22</sup> Disposición consagrada en el artículo 20 de norma fundamental de 1886 y que fue reproducida en su integridad en el artículo 6° de la Constitución de 1991.

<sup>23</sup> Artículo 96.- Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra los funcionarios de que trata el Artículo 102 (inciso 4.°).

<sup>24</sup> Artículo 97.- En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

1. Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspenso de su empleo;

República, para investigar y juzgar, cuando existiera *justa causa*, al Presidente, al Vicepresidente, a los ministros, al Procurador y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado<sup>26</sup> por las *infracciones* que cometieran en ejercicio de sus funciones, entre ellas, por delitos o indignidad por mala conducta.

En este sentido, el Consejo de Estado<sup>27</sup> precisó que la sanción de destitución de los aforados correspondía imponerla exclusivamente al Senado y a la Corte Suprema<sup>28</sup>, salvo si se trataba de mora en la tramitación de las acciones de inexecuibilidad de los decretos legislativos, pues esta competencia se reservó al Tribunal Disciplinario.

---

2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena;

3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema;

4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una Diputación de su seno, reservándose el juicio y sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que concurran al acto.

<sup>25</sup> Artículo 102. Son atribuciones de la Cámara de Representantes:  
(...)

4. Acusar ante el Senado, cuando hubiere justa causa, al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, a los Consejeros de Estado, al Procurador general de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema.

<sup>26</sup> Aunque en principio la Constitución no les asignó a estos funcionarios dicho fuero, la Corte Suprema en sentencia del 12 de septiembre de 1947 determinó que estando al mismo nivel que los magistrados de dicha Corporación también debían ser investigados y juzgados por el Congreso. Gaceta judicial, tomo LXII 2055-2056, p. 451 y ss.

<sup>27</sup> Anales del Consejo de Estado. Tomo XCII, año LII, p. 167 y ss.

<sup>28</sup> Cuando los aforados fueran juzgados por delitos comunes y la ley penal determinara la sanción de destitución frente al tipo penal endilgado.

La calidad foral permitió que, durante el referido régimen constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado fueran profundamente respetuosos de tal condición de los mencionados funcionarios. De este modo, fueron constantes en sostener que solo una vez agotada la condición de procedibilidad para la investigación y juzgamiento de los altos dignatarios en sede de las cámaras legislativas, la Corte Suprema podría iniciar juicio criminal, bajo el supuesto de que la infracción comportara pena distinta.

Sobre el alcance del fuero y el carácter político de las atribuciones asignadas al Congreso, en sentencia del 21 de junio de 1989<sup>29</sup>, la Corte Suprema de Justicia concretó:

*“(...) existen dos modalidades distintas de fuero penal ante la Corte Suprema de Justicia: el uno previsto para los funcionarios del Estado, y el otro para los demás altos dignatarios de la administración que señala la Carta.*

*Para los primeros, o sea los enumerados en el artículo 102 de la Constitución Nacional, y que son el Presidente de la República, los ministros del despacho, el Procurador General de la Nación, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los consejeros de Estado, no sólo se establece el fuero penal para cuando hubiera causas constitucionales o legales condicionado a la acusación que formule la Cámara de Representantes, a la admisión pública de la misma en el Senado de la República y a la declaración de si hay o no lugar a seguimiento de causa, sino que, por los mismos hechos, se establece una jurisdicción especial de carácter político y disciplinario, es decir, no ordinaria. En este sentido el artículo 97 de la carta establece: (...)*

---

<sup>29</sup> Jurisprudencia y doctrina. Tomo XVIII, número 213, septiembre de 1989, p. 633.

*Conforme a estas previsiones, una vez que se ha agotado el proceso político y disciplinario y haya lugar a seguimiento de causa por la Corte Suprema de Justicia, se debe cumplir el mandato del artículo 85 que se acusa, por cuanto ya se desarrollará el proceso dentro de la jurisdicción ordinaria.*

*Para los segundos, o sea para los funcionarios enumerados en la atribución segunda del artículo 151 de la Carta, que son los jefes de Departamento Administrativo, el Contralor General de la República, los agentes consulares y diplomáticos de la nación, los gobernadores, los magistrados de tribunal de distrito, los comandantes generales y los jefes superiores de oficinas principales de hacienda de la nación, el fuero penal establecido por la Carta es directo y no está sometido a ningún requisito especial de procedibilidad, ni para los mismos hechos que dan lugar al juzgamiento (causas por motivo de responsabilidad por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones), se prevé alguna jurisdicción especial como si ocurre para el caso anterior (...)"*. (Subrayas no originales).

Para el constituyente de 1991 la promoción de los mecanismos de control político y judicial entre las ramas del poder público resultó ser una de sus mayores preocupaciones, de tal suerte que desde el inicio de los debates, en los distintos proyectos de articulado, se consideró la necesidad de mantener dicha garantía a favor de los más altos funcionarios del Estado, para lo cual, entre otros instrumentos<sup>30</sup>, en un inicio, se atribuyó a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes la facultad de acusar ante la plenaria a esos servidores cuando hubiere *causas constitucionales o legales o causales de indignidad*.

---

<sup>30</sup> Verbi gratia, el fuero parlamentario para que los congresistas sean juzgados por la Corte Suprema de Justicia,

Este procedimiento se replanteó tras descartar la creación de un parlamento unicameral a fin de que dicha acusación se formulara ante el Senado de la República<sup>31</sup>.

Dígase por ahora que en la Constitución de 1886 bastaba una justa causa para que la Cámara promoviera una acusación ante el Senado, mientras que en la de 1991 el ámbito de reproche se adecuó a la comprobación de causas constitucionales o causales de indignidad.

Ahora, en un inicio, entre los funcionarios sometidos a dicho fuero, se ubicó al Presidente de la República, a los ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los magistrados de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional)<sup>32</sup>, pero, paulatinamente, la Asamblea Nacional Constituyente incluyó, excluyó y reagrupó a otros funcionarios, según se fue perfilando la nueva estructura estatal<sup>33</sup> y se adoptaron otros mecanismos de control, para finalmente, definir en el artículo 174 Superior, como sujetos del régimen especial de responsabilidad, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte

---

<sup>31</sup> Cfr. folio 85 de la Gaceta Constitucional No. 23 del 19 de marzo de 1991.

<sup>32</sup> Cfr. folio 5 de la Gaceta Constitucional No. 7 del 18 de febrero de 1991.

<sup>33</sup> Por ejemplo, incluyó al Procurador General de la Nación, el Defensor de Derechos, los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, del Tribunal Supremo de Cuentas y del Consejo Nacional Electoral. Cfr. folio 85 de la Gaceta Constitucional 23 del 19 de marzo de 1991. Luego, asimismo, se excluyó a los ministros del Despacho habida cuenta que se aprobó un mecanismo específico de control político respecto de ellos: moción de censura.

Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.

Como acertadamente lo señala la jurisprudencia constitucional, sobre el fuero especial de juzgamiento no hubo solución de continuidad en relación con las normas de la Carta fundamental de 1886. La Constitución de 1991, mantuvo la facultad de la Cámara de Representantes y del Senado de acusar y juzgar, respectivamente a los más altos funcionarios del Estado, siendo la única modificación la de ampliar el radio de acción del Congreso habida cuenta de las nuevas instituciones y de los nuevos servidores públicos que entraron a formar parte del aparato estatal desde 1991<sup>34</sup>. No queda duda entonces, que en la actualidad subsiste el propósito básico que subyace al fuero constitucional, esto es, instituir un requisito de procedibilidad para ulteriores acciones judiciales en contra de altos funcionarios del Estado, a fin de garantizar la autonomía, independencia y estabilidad de las instituciones estatales.

4.3. Aunque la sola referencia a la acusación y al juzgamiento a cargo del Congreso de la República respecto de tales sujetos de responsabilidad no ordinaria ha conducido a sostener que sus funciones, en cuanto a este tópico se refiere, son jurisdiccionales, incluso expresamente determinadas en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 5 de 1992, avaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>35</sup>, la función judicial

---

<sup>34</sup> Sentencia C-198 de 1994. Corte Constitucional

<sup>35</sup> Al respecto, el siguiente fragmento de la sentencia C-198 de 1994:

*“F) La función judicial del Congreso. Continuando con una tradición constitucional a la que ya se ha hecho referencia, el Constituyente de 1991 mantuvo la facultad del Senado y de la Cámara de Representantes de acusar y juzgar, respectivamente, a los más altos*

ante las cámaras, en estricto sentido, corresponde a un control eminentemente político.

Algunas razones permiten afirmar esta tesis. En primer lugar, como se anotó atrás, la tradición constitucionalista así lo había concebido al establecer que el juicio político adelantado contra los aforados constituía una condición de procedibilidad para que agotada esa etapa, la Corte Suprema, si había lugar a ello, se ocupara de proseguir el enjuiciamiento criminal.

Igualmente, así quedó expreso en el informe de ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en el cual, además de tratar lo atinente al voto de censura y a otros instrumentos como las citaciones y la rendición de informes, como manifestaciones de dicho control, alude a la responsabilidad que le asiste a los aforados cuando quiera que incurran en causas constitucionales y legales o en motivos de indignidad<sup>36</sup>.

Del mismo modo, las sanciones admitidas por el constituyente para ser impuestas por el órgano legislativo como expresión del *ius puniendi* no responden a las que típicamente se deducen en ejercicio de la acción penal, disciplinaria o fiscal.

---

*funcionarios del Estado. En efecto, los artículos 174, 175 y 178 de la Carta Política facultan al Congreso para ejercer la referida función judicial sobre los actos del presidente de la República -o quien haga sus veces-, de los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura y del fiscal general de la nación. Como puede apreciarse, la única modificación que se introdujo en esta materia en la Carta Política en comparación con la Constitución de 1886, fue la de ampliar el radio de acción del Congreso habida cuenta de las nuevas instituciones y de los nuevos servidores públicos que entraron a formar parte del aparato estatal desde 1991". Consultar al respecto, también, la sentencia C-222 de 1996.*

<sup>36</sup> Cfr. folios 14-15 de la Gaceta Constitucional No. 65 del 2 de mayo de 1991.

En efecto, el artículo 175 Superior consagra que la pena que puede imponer el Senado cuando la acusación verse sobre delitos cometidos en ejercicio de funciones o indignidad por mala conducta es la de destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pues la imposición de una sanción distinta, se reserva a la Corte Suprema de Justicia, siempre que los hechos investigados comporten una infracción penal ejecutada en ejercicio del cargo, ya que, respecto de los punibles comunes, la Cámara Alta debe limitar su intervención a señalar si cabe o no seguir la causa, para lo cual, en caso afirmativo, debe poner al acusado a disposición del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

4.4. Establecido que el control que ejerce el Congreso sobre los altos dignatarios enlistados en el artículo 174 ejúsdem, es de corte jurisdiccional pero particularmente político, pues se trata de un régimen especial de responsabilidad, no se podría entender válidamente que pudiera restringirse la calidad foral a algunas precisas materias, sobre todo por las siguientes razones.

4.4.1. Como se viene sosteniendo, dicho control político prevé una regla de procedibilidad que evita que el servidor público aforado sea apartado de su cargo hasta tanto quede suspendido por razón de la admisión por el Senado de la acusación pública elevada por la Cámara o la sanción de destitución impuesta por el Senado si hay razón jurídica para ello, lo cual garantiza uno de los fines esenciales del fuero: mantener el equilibrio armónico en el ejercicio de la función pública.

Además de preservar la garantía de autonomía e independencia, ese mecanismo -el fuero- tiene como finalidad la estabilidad institucional, en el marco del principio de separación de los poderes públicos. Esa es la razón por la cual nuestra Carta Política recibió la tradición centenaria de juicio político como procedimiento previo al juzgamiento penal, disciplinario o administrativo de altos funcionarios<sup>37</sup>. La intervención del Congreso, de la Cámara de Representantes en la investigación y del Senado en el juicio, no busca otra cosa que proteger a las instituciones, en cabeza de sus dirigentes, de la remoción por causas que podrían tener un motivo político. Nótese que, tanto en el artículo 97 de la anterior Constitución, como en el 175 actual, la consecuencia de la acusación, públicamente admitida, es la suspensión *de hecho* del empleo. Distinguiéndose la determinación que deberá adoptar el Senado dependiendo de si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, o si la acusación se refiere a delitos comunes. En el primer caso, deberá decretar la destitución del empleo y la pérdida parcial o absoluta de los derechos políticos, poniendo al reo a disposición de la Corte Suprema de Justicia quien seguirá juicio criminal, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena; en el segundo caso, se limitará a declarar si hay o no lugar a

---

<sup>37</sup>“El juicio político es un sistema de control que ejerce el congreso respetando el principio de separación de los órganos del poder. Ese control es consecuencia de la responsabilidad que cabe a magistrados y funcionarios en un gobierno representativo y republicano. Precisamente este juicio responde a la finalidad de hacer efectiva esa responsabilidad. No es un juicio penal; por esa misma razón se denomina político. La intención no es castigar sino separar del cargo al enjuiciado. Esto no implica, sin embargo, que no se lo pueda someter luego a la jurisdicción judicial.” Jackisch, Carlota. Teoría de distribución de poderes. En: División de Poderes. Bernal, González y otros. Buenos Aires.: CIEDLA. 1994. P. 29

seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la suprema autoridad judicial.

La competencia otorgada al Congreso implica, por razones de estabilidad institucional, que los altos funcionarios señalados en el artículo 174 de la Constitución, no podrán ser suspendidos o destituidos de sus empleos, ni privados de sus derechos políticos por autoridad distinta al Congreso de la República.

La coherencia de este régimen especial frente a la necesidad de proteger las instituciones ante cualquier injerencia indebida de otros órganos, se refleja, asimismo, a partir del hecho de que, mientras el sujeto aforado permanece en el cargo del cual emana su fuero, es dicho órgano bicameral o la Corte Suprema de Justicia -una vez agotada la referida condición de procedibilidad, verbigracia, asuntos de naturaleza penal-<sup>38</sup> los obligados a conocer de los comportamientos objetados jurídicamente al alto dignatario -tengan o no relación con las funciones oficiales-, pues una vez cese en aquella dignidad, el funcionario únicamente conserva su calidad foral respecto de las conductas ejecutadas en ejercicio o con ocasión de la función pública.

En este punto, suficientemente ilustrativo resultan las consideraciones de la Corte Constitucional, sobre la finalidad del fuero constitucional, plasmadas en la sentencia C-245 de 1996:

---

<sup>38</sup> Artículo 235, numeral 2°, de la Constitución Política.

*“El fuero no es un privilegio y se refiere, de manera específica, al cumplimiento de un trámite procesal especial, cuyo propósito es el de preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara. Por ello, es posible que como consecuencia de su naturaleza -proceso especial-, algunas de las medidas que se adopten en ellos no correspondan con los procedimientos ordinarios, sin que ello implique discriminación alguna, o desconocimiento de disposiciones constitucionales, pues es la propia Carta la que concibe el fuero especial que cobija a los altos funcionarios del Estado.*

*Sobre la razón de ser del fuero especial, sostuvo esta Corporación:*

*“La razón de ser del fuero especial es la de servir de garantía de la independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado a los que sirven los funcionarios vinculados por el fuero. Ante todo se busca evitar que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la Nación.” (Sentencia N° C- 222 de 1996, Magistrado Ponente, doctor Fabio Morón Díaz).*

*Se busca entonces con estos procedimientos, evitar que mediante el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia, se impida irregularmente el normal desarrollo de las funciones estatales y el debido ejercicio del poder por parte de quienes mediante la expresión soberana, fuente del poder público, legítimamente lo detentan. Por ello, no puede bastar la simple denuncia o la queja del funcionario, como tampoco las actuaciones o diligencias que se adelanten en esta etapa, para que sea admisible su detención. Todavía en esta etapa, opera la presunción constitucional de inocencia, que implica su permanencia en el mismo, hasta tanto no sea del todo inevitable. Otra situación es la que se plantea en la etapa del juicio ante el Senado de la República, donde una vez admitida públicamente la acusación, el acusado “queda de hecho suspenso de su empleo” y se pondrá a disposición de la Corte Suprema de*

*Justicia, en la forma en que lo dispone el propio artículo 175-2 de la Carta Política.*

*Sobre el particular ha sostenido esta Corporación lo siguiente:*

*“Salvo el caso de la indignidad por mala conducta, en el que la Cámara y el Senado gozan de plena capacidad investigativa y juzgadora, por tratarse de una función política, en los demás eventos en los que la materia de la acusación recae sobre hechos presuntamente delictivos, la competencia de la primera se limita a elevar ante el Senado la acusación respectiva o a dejar de hacerlo y, el segundo, a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, de acuerdo con lo cual se pondrá o no al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia (C.P. arts., 175-2 y 3; 178-3 y 4).” (Sentencia N° C-222 de 1996, Magistrado Ponente, doctor Fabio Morón Díaz) (negritas fuera de texto).*

*Así entonces, es evidente que la norma demandada establece una diferencia con el procedimiento ordinario penal, pero la misma se encuentra plenamente justificada con los argumentos anteriormente anotados, de manera que no se produce discriminación alguna que pueda afectar el principio de igualdad. Los argumentos anteriores son suficientes para que esta Corporación decida que el artículo 337 de la ley 5a. de 1992, no viola los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.”*

En similar sentido, había reiterado dicha Corporación que el fuero constitucional<sup>39</sup> tiene por fin “*garantizar, de una parte la dignidad del cargo y de las instituciones que representan, y de otra la independencia y autonomía de algunos órganos del poder público para garantizar el pleno ejercicio de sus funciones y la investidura de sus principales titulares, las cuales se podrían ver afectadas por decisiones ordinarias originadas en otros poderes del Estado, distintos de aquel al cual pertenece el funcionario protegido con un fuero especial; de otra parte, el fuero sirve también para garantizar que las decisiones de la voluntad general, bien sea que ésta se haya expresado directamente o a través de sus representantes, no serán desconocidas, y que en todo caso*

---

<sup>39</sup> Se precisa que las razones aducidas únicamente aludieron al fuero de naturaleza penal y disciplinaria, pero son perfectamente conciliables con el alcance del fuero integral.

*prevalecerán los principios y procedimientos consagrados en la Constitución y en la ley.”<sup>40</sup>*

En la providencia que se viene citando se agregó:

*“Dicho fuero especial no implica el sometimiento a jueces y tribunales especiales, esto es, distintos de los ordinarios, en aquellos casos en que sean objeto de investigaciones y eventualmente acusaciones, determinados funcionarios del Estado, sino el cumplimiento de un trámite procesal especial de definición de la procedencia subjetiva y en concreto del juicio penal; ello precisamente para lograr la realización de los objetivos propios y esenciales del Estado Social de Derecho, el cual, si bien, tal como lo ha dicho esta Corporación "...configura un Gobierno de leyes por encima de las personas", garantiza también de forma paralela la integridad y salvaguarda de sus instituciones y la seguridad de las personas que las representan, pues sólo así es posible mantener el equilibrio en el ejercicio del poder.*

*La razón de ser del fuero especial es la de servir de garantía de la independencia, autonomía y funcionamiento ordenado de los órganos del Estado a los que sirven los funcionarios vinculados por el fuero. Ante todo se busca evitar que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la Nación.”<sup>41</sup>*

4.4.2. Se ha hecho depender la solución del problema en dos puntos claves: i) la diferencia entre poder sancionador (penal y disciplinario) y función administrativa (responsabilidad fiscal) y, ii) la naturaleza de la competencia general otorgada a la Contraloría en los artículos 267 y 268, numerales 1, 4, 5 y 8, de

---

<sup>40</sup> Sentencia C-222 de 1996.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

la Constitución Política. Veamos por qué es necesario un cambio de perspectiva:

4.4.2.1. Quienes defienden la tesis de un fuero constitucional limitado, sostienen que la competencia del Congreso abarca sólo a la investigación y juzgamiento político de los casos en que los aforados incurran en conductas susceptibles de sanción penal o disciplinaria, dejando a salvo la competencia de la Contraloría en los asuntos enteramente administrativos o fiscales.

No es necesario sostener que la actuación de la Contraloría, derivada de los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 268 de la Constitución Política, se transforma en una función jurisdiccional debido al componente sancionatorio que ella implica, para desvirtuar la competencia de esa entidad para juzgar a los funcionarios aforados. La distinción y posterior homologación de las funciones administrativas a las jurisdiccionales es irrelevante, e innecesaria, porque lo importante es observar que la actuación del órgano de control podría tener como resultado la suspensión inmediata del funcionario sujeto de control fiscal, cuando, por mandato del artículo 175 de la Carta, los funcionarios señalados en el artículo 174 ibídem, sólo pueden ser apartados de su cargo por acusación de la Cámara de Representantes o por destitución del Senado.

Aceptar la tesis adoptada por la Contraloría implicaría una ruptura en la tradición institucional que ha concebido el fuero constitucional como un requisito de procedibilidad, para la investigación y juzgamiento de todo tipo de actuaciones que

puedan conducir a la suspensión o destitución del empleo de los funcionarios aforados. Nótese que el Constituyente reprodujo sin cambios sustanciales el procedimiento de juzgamiento especial, sin advertir una modificación en esa dirección.

La posibilidad de que el Contralor General con fundamento en un proceso administrativo sancionatorio o en uno de responsabilidad fiscal, ordene la suspensión inmediata, *verdad sabida y buena fe guardada*, de un funcionario aforado en los artículos 174 y 178 de la Constitución, desborda sus funciones de control fiscal - artículo 121 ibídem- y genera inestabilidad institucional, pues, si el legislador hubiese querido introducir esa variación en la regla de juzgamiento lo hubiese hecho en forma explícita.

4.4.2.2. El debate sobre la naturaleza de la competencia general otorgada a la Contraloría en los artículos 267 y 268, numerales 1, 2, 4, 5 y 8, de la Constitución Política versus la competencia específica, otorgada al Congreso en los artículos 174 y 178 ibídem, se libra en el terreno movedizo de la semántica.

Sin mayor dificultad se puede afirmar que en los artículos 174, 175 y 178 el constituyente no diferencia entre asuntos penales, disciplinarios y fiscales, como también se puede decir que los artículos 267 y 268 no formulan distinción entre los funcionarios sujetos de control fiscal, situación que, en principio, tampoco permite excepcionar a los altos dignatarios del control fiscal.

Sería recomendable abandonar el debate semántico, pues la única forma de solucionarlo es con una interpretación de

autoridad, hasta la fecha ausente, pues el legislador en calidad de Constituyente no ha hecho la correspondiente aclaración, tampoco se ha formulado en forma expresa una interpretación constitucional por parte de la Corte Constitucional, guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

Aun así, resulta pertinente concluir que la interpretación que más se ajusta al carácter democrático de la Constitución es que no excluye el control fiscal a cargo del Congreso de la República.

En realidad, una lectura sistemática que acude al sentido gramatical de las expresiones normativas habilitantes y, al principio de unidad de la Constitución<sup>42</sup>, permite establecer de la mano de algunas providencias emitidas por la Corte Constitucional que, el fuero especial para acusar y juzgar al Presidente, los magistrados de las altas cortes y el Fiscal General, frente a los hechos u omisiones cometidas en ejercicio de la función pública, consagrado en los artículos 174, 175, 178, 198 y 199 de la Carta Política<sup>43</sup>, es **pleno e integral**.

En efecto, el artículo 178 empieza por señalar que:

---

<sup>42</sup> “5.3. El principio de la unidad constitucional, como se ha dicho, exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. Lo que manda este principio es que la Constitución sea vista y entendida como una unidad, como un sistema con sentido lógico y, por tanto, que sus disposiciones no sean abordadas a partir de una visión puramente individualista de sus textos. En cuanto al principio de armonización, el mismo implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectividad. Es normal que, por su condición de normas de textura abierta, las disposiciones constitucionales puedan verse en situación de tensión recíproca, al momento de su aplicación e interpretación. Por ello, se hace necesario que las mismas sean armonizadas y puestas en concordancia las unas con las otras para lograr su optimización, cuando las circunstancias así lo exijan.” Ver sentencia C-535 de 2012.

<sup>43</sup> Disposiciones desarrolladas en idéntico sentido en los artículos 305, 312 y 313 de la Ley 5ª de 1992.

“La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.” (Subrayas de la Sala).

Por su parte, el artículo 174 prescribe:

“Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.” (Subrayas y negrillas no originales).

Mientras tanto, el artículo 175 consagra:

“En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.

2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá

*imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.*

*3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.*

*4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.” (Resaltado propio).*

Y el artículo 198 Superior predica que el Presidente de la República, o quien haga sus veces, “será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes”. (Subrayas de esta Corporación).

Ninguno de estos preceptos niega la posibilidad de que el legislativo enjuicie a los aforados descritos en el artículo 174 por todas y cada una de las faltas ejecutadas mientras se ejerce el cargo.

Nótese cómo el artículo 178, numeral 3º, dice que la acusación procede cuando hubiere causas constitucionales, mientras que el 174 señala que el objeto de la misma son los hechos u omisiones, así como el artículo 198 circunscribe la responsabilidad del Presidente de la República a sus actos u omisiones violatorias de la Constitución o las leyes y, finalmente, el 175 alude a una consecuencia jurídica específica en aquellos casos en que la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, proposición que

gramaticalmente deja abierta la potestad de que la acusación proceda por aspectos distintos a los penales o a los que apuntan a proteger la moralidad del cargo (indignidad por mala conducta).

Así mismo, el numeral 4° del artículo 178 autoriza a los particulares y al Fiscal General para que formulen denuncias o quejas contra dichos aforados, sin restringir la materia de las mismas.

Justamente, esta visión hermenéutica le sirvió a la Corte Constitucional para concluir, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, que el Consejo Superior de la Judicatura estaba impedido para arrogarse la función disciplinaria respecto de los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, y el Fiscal General, por causa distinta a la indignidad por mala conducta, la cual había sido prevista en el artículo 9°, numeral 3, del Decreto 2652 de 1991. Así se pronunció en aquella oportunidad:

*“De las transcritas normas [se refiere a los artículos 174, 175 y 178] se desprende que los citados funcionarios, dada su alta investidura y la necesaria autonomía en el ejercicio de sus atribuciones, únicamente están sometidos al escrutinio y juicio del Senado de la República, cuando incurran en las faltas que la Constitución contempla, y al de la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- cuando se trate de la comisión de delitos. Por tanto, en razón del mismo fuero, se hallan excluidos (sic) del poder disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura que, en los términos del artículo 257, numeral 3, de la Constitución, ha de ejercerse por dicha Corporación sobre los funcionarios de la Rama Judicial carentes de fuero y sobre los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.*

*Se trata de garantizar, como lo hace la Constitución mediante tales normas, que no exista ninguna clase de interferencia por parte de unos órganos judiciales en las funciones que ejercen otros con igual rango constitucional. Ello armoniza con la garantía de autonomía funcional de los jueces plasmada en sus artículos 228 y 230 de la Constitución.”<sup>44</sup>*

Ahora, la misma providencia precisa que “(...) las faltas que pueden servir de fundamento a una posible acusación contra dichos funcionarios son tan sólo las constitucionales, es decir las que establece el artículo 233 de la Carta Política: rendimiento no satisfactorio y mala conducta, el primero previa evaluación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (artículos 256, numeral 4, de la Constitución y 11, numeral 5, del Decreto 2652 de 1991) y la segunda de acuerdo con la tipificación que de las causas que la configuran haga la ley (artículo 124 C.N.)”<sup>45</sup>. Sin embargo, a juicio de la Corte tal precisión dejó de lado que es la propia Constitución la que entre las conductas pasibles de ser juzgadas por el Congreso también ubica a los delitos y a otras infracciones indeterminadas (hechos u omisiones).

Además, si como lo sostuvo la Corte Constitucional en esa ocasión, las causas constitucionales, exclusivamente, comprendieran las descritas en el aludido artículo 233, entonces, la acción disciplinaria o penal en cabeza del Congreso respecto de los aforados no podría comprender motivo distinto al rendimiento no satisfactorio y a la mala conducta, mucho menos, atribuible al Presidente de la República y el Fiscal General, funcionarios no contemplados en aquella disposición, lo cual se contradice con el sentido mismo de la decisión, que apuntó a reconocer que el régimen de responsabilidad de los aforados

---

<sup>44</sup> Sentencia C-417 de 1993.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

contemplados en el artículo 174 es más vasta que el puramente criminal.

La mentada providencia abundó en razones para concluir que el sentido que más se ajusta al querer del constituyente es aquel que indica que la condición foral abarca otros ámbitos sancionatorios en su más amplia expresión. De esta manera, se lee en ese proveído:

*“Estos principios [se refiere a los principios de autonomía e independencia judicial] deben reafirmarse ahora, pues habiendo establecido el Constituyente ramas y jurisdicciones autónomas y separadas (Títulos V y VIII de la Constitución) y dadas las características de desconcentración y autonomía con las cuales el artículo 228 de la Carta ha distinguido la función judicial, de ninguna manera encajaría dentro de la normativa fundamental un sistema que permitiera a un juez de jurisdicción distinta, o a órganos o ramas diferentes, invadir la esfera de esa autonomía funcional sometiendo a juicio el fondo de las decisiones judiciales.*

*Téngase en cuenta que las faltas correspondientes deben ser debidamente probadas con arreglo a las normas del debido proceso y que sobre ellas se requiere concepto del Procurador General de la Nación, según dispone el artículo 278, numeral 2 (...).*

*Ahora bien, el fuero al que se alude incluye no solamente el juicio ante el Senado sino la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de hechos punibles, según mandato del artículo 235 de la Constitución, a cuyo tenor:*

*“Artículo 235.- Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

*(..)*

2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3".

Así, pues, la norma del artículo 9º, numeral 3º, del Decreto 2652 de 1991, es inconstitucional en cuanto confiere a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura atribuciones que la Constitución Política no le otorga y que, por el contrario, ha confiado expresamente a otra rama del poder público, lo cual, por contera, afecta el fuero especial que ampara a los magistrados de las altas corporaciones de justicia.

En consecuencia, habrán de ser declaradas inexecutable las siguientes frases del numeral en mención:

"...los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, y el Fiscal General, por causa distinta a la indignidad por mala conducta, así como de..."

"De las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura conocerá en única instancia una sala especial integrada por los conjueces de la Corporación".

El fuero constitucional en referencia no equivale a un privilegio en favor de los funcionarios que a él puedan acogerse, según la Constitución. Tampoco asegura un juicio menos estricto que el aplicable a los demás servidores estatales; por el contrario, es tanto o más exigente, pues se ejerce por otra rama del poder público. Se trata de una garantía institucional de mayor control, freno y contrapeso, tal como corresponde al sistema jurídico en el Estado de Derecho (arts. 1 y 113 C.N.)"

Similar razonamiento consignó la Corte Constitucional en la sentencia C-558 de 1994 al declarar la inexecutable del artículo 108 del Decreto 2699 de 1991, que había asignado al

Consejo Superior de la Judicatura la función de conocer, en única instancia, los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Fiscal General de la Nación. Reiteró:

*“Corresponde entonces al Senado de la República juzgar al Fiscal General de la Nación por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, y a la Corte Suprema de Justicia cuando se halle incurso en la comisión de delitos. En consecuencia, no podía el legislador asignar la primera de estas funciones a otro organismo, en este caso, al Consejo Superior de la Judicatura, como lo hace en la disposición que es materia de impugnación, pues si bien es cierto que dicho Consejo tiene la facultad de “Examinar y sancionar las faltas de los funcionarios de la Rama Judicial”, ha de entenderse que esta atribución opera sólo sobre aquellos “funcionarios” que no gozan de fuero constitucional. (art. 256-3 C.N.)”* (Subrayas fuera del texto original).

Y es que resultaría altamente inconveniente y lesivo del principio de separación de poderes que estando el Fiscal General de la Nación habilitado conforme a la cláusula primera del artículo 251 de la Carta para investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional -distintos a los enlistados en el artículo 174 Superior-, entre ellos, el Contralor General de la República y el Procurador General de la Nación, a su vez, pudiera ser investigado y juzgado por estos entes autónomos.

En apoyo de la tesis que se viene sosteniendo, en el sentido que el fuero constitucional de los dignatarios referidos en el artículo 174 ejúsdem es **integral**, bien está destacar que aunque, la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional es más o menos constante en aludir al fuero penal y disciplinario de dichos

servidores públicos<sup>46</sup>, lo cual podría dar la falsa impresión de que a esas materias se limita, esa misma Corporación, al verificar la exequibilidad del artículo 180 de la Ley 270 de 1976 que dispuso que corresponde al Congreso de la República ejercer función jurisdiccional, con motivo de las acusaciones y faltas *disciplinarias* que se formularan en su contra, fue enfática en precisar que la expresión “disciplinarias” no se ajustaba a la Constitución Política por cuanto las faltas también podían ser de otro origen o naturaleza.

En estos términos se expresó:

*“(...) para esta Corporación la palabra “disciplinarias” contenida en la norma bajo examen, es inexecutable en la medida (sic) en ella establece una limitación o una precisión que el precepto superior no contempla. Así, entonces, se entenderá que el fiscal general de la nación, las autoridades y los particulares podrán acusar a los funcionarios que gocen de fuero constitucional por todo tipo de faltas, incluyendo lógicamente las disciplinarias.”<sup>47</sup>* (Subrayas y negrillas de esta Corporación).

Obsérvese, cómo el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, consciente de la impropiedad de reducir a faltas exclusivamente “disciplinarias” los motivos de acusación de los funcionarios aforados por parte de la Cámara ante el Senado, declaró la inconstitucionalidad de dicha palabra, ya que cercenaba el amplio alcance normativo del precepto.

---

<sup>46</sup> Sentencias C-245 de 1996.

<sup>47</sup> Cfr. Sentencia C-037 de 1996

A la postura según la cual el régimen de responsabilidad especial asignado a los aforados constitucionales es integral, se opone la entidad accionada con apoyo en algunas decisiones del Consejo de Estado, Corporación que asegura que el fuero consagrado en el artículo 174 de la Carta no se extiende al ámbito fiscal (resarcitorio<sup>48</sup>), pues así no se regula expresamente en el régimen foral constitucional y, por otra parte, la cláusula general de competencia atribuida a la Contraloría General de la República en el artículo 268 ejúsdem no excluye a ninguno de estos servidores públicos.

Las consideraciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en lo pertinente, son como siguen:

*“Es indiscutible, por tanto, que las acusaciones de la Cámara de Representantes ante el Senado únicamente pueden referirse a “delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta” y que, por consiguiente, sus investigaciones, que las adelanta por medio de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, únicamente pueden ocuparse de conductas violatorias del Código penal o constitutivas de falta disciplinaria que tengan connotación de “indignidad por mala conducta”. Estas son, de manera exclusiva, las “causas constitucionales” que permiten la acusación ante el Senado por parte de la Cámara de Representantes ni las de juzgamiento del Senado de la República, así como las sancionatorias de que es titular este último organismo, pueden rebasar tan claros límites constitucionales sin incurrir en violación directa de la Carta Política.*

---

<sup>48</sup> El 16 de abril de 2012 el Consejo de Estado se pronunció en sede de colisión positiva de competencias entre la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Contraloría General de la Nación respecto de un proceso de responsabilidad fiscal -no administrativo sancionatorio- de algunos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura. Radicación 1100103060002012-0015-00.

*Hasta este punto del análisis no se advierte en el escrutinio de la Constitución principio ni regla alguna que permita inducir o deducir que la Cámara de Representantes pueda investigar conductas relacionadas con otros tipos de responsabilidad de altos funcionarios del Estado, ni que el Senado de la República esté facultado para hacer los respectivos juzgamientos y pronunciar los fallos correspondientes.*

*E. El fuero de los altos servidores del Estado y la tesis del fuero “integral”*

*El régimen jurídico del fuero es enteramente de rango constitucional. La Constitución define las autoridades competentes para realizar la investigación, la acusación y el juzgamiento; enumera los altos servidores del Estado que están revestidos de fuero y quedan sujetos a esta especialidad modalidad (sic) de control; precisa las sanciones que se pueden imponer, y el tipo de responsabilidad que se aplica en esta excepcional y especial jurisdicción.*

*Para la Corte Constitucional, según señala en la sentencia C-417 de 1993, citada insistentemente por el interviniente (...), la función judicial que el Congreso de la República ejerce respecto de los altos funcionarios del Estado revestidos de fuero se desarrolla con sujeción estricta a las expresas disposiciones de la Constitución. Es por ello que solo procede cuando dichos funcionarios “incurran en las faltas que la Constitución contempla”, no se extiende al juzgamiento de delitos, no autoriza la imposición de sanciones distintas de las de destitución y pérdida o suspensión de derechos políticos, y no puede incluir “atribuciones que la Constitución Política no le otorga”. A partir de estas premisas resulta imposible encontrar en la Constitución sustento a un “fuero fiscal” de los altos servidores del Estado.*

*El análisis de la sentencia C - 417 de 1993 de la Corte Constitucional no admite otra conclusión. (...)*

*La Corte señaló que, de acuerdo con la Constitución, la facultad disciplinaria sobre los magistrados de las altas Cortes es exclusiva del Congreso de la República y que, por tanto, en este aspecto la ley no le*

*puede asignar una competencia residual o complementaria al Consejo Superior de la Judicatura.*

*(...)*

*Destaca la Sala que, así como la sentencia en mención hace expreso reconocimiento al fuero de carácter disciplinario que la Constitución otorga a los Magistrados de las Altas Cortes, no extiende sus consideraciones para concluir que existe, además, un fuero especial de naturaleza fiscal.*

*(...) el derecho disciplinario se enmarca de manera general dentro del ejercicio del ius puniendi del Estado, lo cual es consecuente con las facultades sancionatorias previstas en los artículos 174 y 175 CP para los altos servidores del Estado.*

*Así las cosas, aun cuando la sentencia C – 417 de 1993 identifica la existencia de un fuero disciplinario para los altos servidores del Estado, dentro de los cuales se encuentran los magistrados de Altas Cortes, en manera alguna afirma que haya un fuero fiscal y mucho menos un “fuero integral”.*

*El fuero está por completo reglado en la Constitución. La Corte Constitucional se refiere a este aspecto en la sentencia 0-386 de 1996, que identifica las tres modalidades de juzgamiento y, por tanto, de investigación y acusación, que la Constitución regula de manera especial para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, (...).*

*Dicha norma [se refiere al artículo 13 de la Ley estatutaria de Administración de Justicia], que fue reiterada por la ley 1285 de 2009, modificatoria de la LEAJ, se encuentra vigente y fue revisada nuevamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C –713 de 2008, sin que se encontrara motivo alguno de glosa al fuero constitucional penal y disciplinario de que gozan los altos servidores del Estado. Dicha norma no alude a un “fuero fiscal” ni, mucho menos, remite a un imaginario fuero “integral”.*

*El principio de legalidad, consagrado en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, es un postulado esencial del Estado Social de*

*Derecho, conforme al cual las autoridades únicamente están facultadas para actuar dentro del preciso ámbito competencial definido por la Constitución y la ley, y deberán responder por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*De acuerdo con doctrina del Consejo de Estado, el estado de derecho prescribe como garantía suprema de la libertad de los ciudadanos, que pueden hacer todo lo que la Constitución y la ley no le prohíben, en tanto que el Estado puede hacer, única y exclusivamente, lo que el ordenamiento expresa y claramente le permite. De allí que las normas que asignan competencias a las autoridades públicas deban estar claramente determinadas y no son susceptibles de interpretarse en forma analógica o extensiva”.*

El Consejo también concluyó que el artículo 267 de la Constitución es una cláusula general de competencia que tiene la Contraloría, la cual no admite excepciones, de tal forma que no hay fuero constitucional para ningún funcionario en esa materia.

En contra de esta posición, al abordar idéntico conflicto positivo de competencias, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura<sup>49</sup> argumentó que: i) la función de la Contraloría, en su calidad de órgano de control fiscal, constituye materialmente el ejercicio de una función jurisdiccional, ii) en el caso del juzgamiento de funcionarios con fuero constitucional la ley no le ha atribuido a la Contraloría funciones jurisdiccionales, pero las ha asumido de facto, iii) se debe aceptar el criterio interpretativo utilizado en la sentencia C-484 de 2000, en la cual se indicó que correspondía a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes conocer, justamente, “*todo tipo de faltas*” y, iv) la suspensión del cargo no puede ser

---

<sup>49</sup> Auto del 29 de marzo de 2012. Radicación 11001010200020120024300.

impuesta por la Contraloría, por ser de naturaleza disciplinaria. Resalta esa posibilidad consagrada en el numeral 8° del artículo 268 de la Constitución.

Aunque la tesis del Consejo de Estado brinda una cierta apariencia de consistencia, en la medida que se basa en una regla de la experiencia basada en la estructura de lo real, según la cual, nombrar algo significa excluir a todo lo demás, incurre en un defecto lógico discursivo porque a dicha regla se opone otra más consistente que señala que cuando el legislador no distingue no es viable al intérprete hacerlo.

En verdad, la Sala de Consulta sostiene que el fuero, solamente, se extiende al escenario penal y a las faltas por indignidad por mala conducta porque expresamente no fueron mencionadas otras materias. Desconoce que las proposiciones normativas que abarcan esas dos manifestaciones del fuero son genéricas y no específicas.

Repárese, asimismo, cómo el Consejo de Estado -también la Contraloría en su posición defensiva-, de manera circular, incurre en el mismo yerro, al utilizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial, la sentencia C-417 de 1993 para sostener que no cabe ninguna otra esfera de control que el penal y disciplinario, siendo que la premisa principal edificada por dicha Corporación tiende a sostener que los aforados solo están sometidos al escrutinio de un órgano par: el Congreso de la República.

Una prueba elemental del defecto lógico del Consejo de Estado se concreta al advertir que en parte alguna de los aludidos preceptos constitucionales se mencionó el ámbito disciplinario, pero, aun así, a partir de las mismas disposiciones, la Corte Constitucional hizo evidente que estas no distinguían sobre algún marco específico de aplicación, luego, razonablemente, no se podría asegurar que a las causas penales y por indignidad, únicamente, es posible adicionarle las de naturaleza disciplinaria, sobre todo porque como bien lo expresa el accionante, tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la Nación son órganos autónomos e independientes en cuyo favor, en idéntico rango y dimensión constitucional, se establecieron cláusulas generales de competencia.

Para ser consecuentes, si fuera cierto que por razón de la cláusula general de competencia que asiste a la Contraloría, todos los servidores públicos que manejen recursos públicos estuvieran sometidos al control fiscal, igualmente, tendría que haberse concluido que todos quienes desempeñen funciones públicas son disciplinables por la Procuraduría, conforme al artículo 277 Superior.

Eso no fue lo decidido por la Corte Constitucional<sup>50</sup>. En cambio, averó que frente a los aforados especiales, dicha entidad perdía su poder preferente, pues la competencia para adelantar la acción disciplinaria respecto de estos servidores debe tenerla su juez natural, esto es, el Congreso de la República, ante el cual

---

<sup>50</sup> Sentencia C-417 de 1993 y C-244 de 1996.

Procurador General le corresponde rendir concepto en los términos del numeral 2º del artículo 278 de la Constitución Política.

La misma suerte corre el argumento de la Contraloría según el cual, “*si una entidad tiene la facultad para imponer una obligación con el fin de lograr el cumplimiento de la misión que le ha sido encomendada, es lógico que dentro de esa misma asignación de funciones quede incluida la sancionatoria ante posibles incumplimientos*”<sup>51</sup>, pues por mandato constitucional la Procuraduría está habilitada para ejercer vigilancia sobre la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas y para adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones a que haya lugar, y, sin embargo, su límite vienen a ser los aforados especiales, cuyo comportamiento disciplinario le corresponde escudriñar al Congreso.

4.5. Ahora, es cierto, como lo afirma el señor Fiscal General, que la decisión del Consejo de Estado empleada por la Contraloría como precedente frente al caso objeto de estudio no sirve como tal, ya que evidentemente esa providencia no definió un asunto idéntico al que aquí se examina.

Recuérdese que en aquella oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil decidió en un conflicto positivo de competencias trabado entre la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Contraloría General de la República que era esta última la que debía conocer el *proceso de responsabilidad fiscal* promovido contra algunos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, mientras que en esta

---

<sup>51</sup> Cfr. folio 91 vuelto del cuaderno principal.

oportunidad, se debate la competencia para conocer de un *proceso sancionatorio fiscal* contra el Fiscal General de la Nación.

No obstante, más allá de la evidente diferenciación existente entre los procesos de responsabilidad fiscal -resarcitorios- y los administrativos fiscales -sancionatorios- (por cuenta de que en los primeros, se persigue obtener la reparación del daño patrimonial causado al Estado por acción u omisión dolosa o culposa del servidor público, y en los segundos, en cambio, se castiga el incumplimiento de las obligaciones propias del ejercicio de la gestión fiscal) y la imposibilidad de aplicar el supuesto precedente en la medida que, en estricto sentido, no se aviene al caso, lo verdaderamente relevante es establecer que frente a ninguna de las dos actuaciones represoras fiscalmente de los servidores públicos, cabe burlar al juez natural y legítimo, concebido por el constituyente para proseguir la investigación y juzgamiento de los altos funcionarios estatales, esto es, a la Comisión de Investigación y Juzgamiento.

En verdad, siendo el fuero constitucional de los funcionarios enlistados en el artículo 174 de carácter **integral**, la Corte no tendría por qué ocuparse de distinguir entre uno y otro tipo de proceso fiscal, sino fuera porque para el Tribunal Superior de Bogotá, dicho contraste, resultó esencial para decidir que frente al de naturaleza sancionatoria, cabía conferir el mismo tratamiento jurídico que para las acciones disciplinarias seguidas contra los aforados constitucionales, no así respecto a las de carácter resarcitorio.

La Corte Suprema comparte parcialmente la tesis del A quo en tanto reflexionó que los procesos sancionatorios fiscales no están sujetos a la intervención de la Contraloría General de la República; pero se aparta de la razón esgrimida para justificarlo como de la consideración según la cual los juicios de responsabilidad fiscal competen al mencionado órgano de control fiscal general.

Lo cierto es que no es porque los procesos sancionatorios fiscales tengan un matiz disciplinario derivado de la infracción a un deber funcional, que ellos pueden ser rituados por el Congreso de la República, pues frente a ese especie de comportamiento cabe la acción típicamente disciplinaria, sino, porque, se insiste, de por medio se encuentra un presupuesto de intangibilidad -que no inviolabilidad- respecto de los servidores públicos sometidos al régimen de responsabilidad especial reglado en la Constitución, el cual entraña un control netamente político respecto a todas las faltas que lleguen a cometer en el ejercicio de sus cargos, que evita la intromisión de cualquier otro órgano en la imposición de sanciones aflictivas al funcionario que puedan desestabilizar con severidad la estructura del Estado y su normal funcionamiento.

Bajo la concepción democrática no podría avalarse una suerte de poder omnímodo, absoluto, superior a los poderes constituidos, conforme al cual, la Contraloría, eventualmente, tuviera la potestad infranqueable de destituir o suspender incluso al Presidente de la República.

Los intentos por resolver el asunto desde la jurisprudencia constitucional, donde no se ha analizado con claridad suficiente el problema o desde la normatividad subconstitucional, como lo ha hecho el Consejo de Estado, son infructuosos. No es aceptable que la Ley 42 de 1993 y el Decreto - Ley 267 de 2000 sean los referentes para aclarar la dificultad hermenéutica entre dos normas constitucionales. En esa circunstancia, la interpretación más acertada es la cláusula de competencia subjetiva y amplia que asigna al Congreso la competencia, pues no cabe duda de la voluntad del constituyente de asignar un fuero especial, entendido como requisito de procedibilidad, en favor de los altos funcionarios estatales. Lo contrario podría devenir en inestabilidad institucional y alteración en el equilibrio de los poderes públicos al otorgar a la Contraloría una función que no le fue asignada en forma específica, pero que pretende por medio de una dudosa interpretación constitucional.

Ahora, ¿por qué la Contraloría General de la República, se disputa una competencia que no le ha sido otorgada en forma explícita?. Esa actitud podría explicarse en el seno de la propia teoría de la separación de los poderes públicos, como la natural expansión del poder de un órgano que reúne funciones administrativas y jurisdiccionales. Sin embargo, podría existir una explicación más razonable.

La creciente burocratización del Estado social de derecho impone una interesante lógica de administración y fiscalización de los recursos públicos. En este sentido la función del órgano de control fiscal, se enuncia como primordial para el adecuado

funcionamiento de la burocracia estatal<sup>52</sup>. Sin embargo, una tesis como esa, aunque plausible, es insostenible por cuanto desconoce los pilares básicos consagrados en los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución de 1991. Si bien es cierto, los órganos de control tienen como misión principal asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones estatales, y en ese orden son una pieza importante en el fin de controlar los abusos del poder y la arbitrariedad, ellos no se superponen como poderes superiores sobre los demás órganos e instituciones. Eso sería dar más importancia a la tecnocracia administrativa, que a la democracia participativa, mecanismo que legitima la actuación del Congreso cuando obra en ejercicio del control político de los altos funcionarios. No es que el control fiscal carezca de importancia, pero so pretexto del mismo las principales instituciones estatales no pueden quedar sometidas a la inestabilidad, en especial cuando el órgano que acumula tal poder tiene un origen contramayoritario<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> “... la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división del poder en un Estado y en una sociedad actuadamente complejos, lo que, unido a otros posibles criterios de distribución, ha conducido a la formulación de nuevas teorías de la división de poderes. Entre ellas merece mencionarse la de W. Stefani, que distingue entre (i) división de horizontal coincidente con la clásica (si bien algunos, como veremos más adelante, la reducen a dos poderes); (ii) división temporal, es decir, la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder público; (iii) la división vertical o federativa, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales, y que, como es obvio, puede expresarse en distintos grados de autonomía; (iv) división decisoria: mientras que las divisiones anteriores tienen carácter normativo, ésta, en cambio, se refiere a los actores que intervienen en la práctica de la toma de decisiones políticas; (v) división social de poderes entre estratos y grupos de la sociedad. A ellas añadiremos por nuestra parte la división entre la autoridad política, sustentada sobre una investidura pública, y la autoridad técnica u *operational authority* sustentada sobre los conocimientos técnicos necesarios para tomar o realizar una decisión”. García-Pelayo, Manuel. Op. Cit. P. 60

<sup>53</sup> La “*dificultad contramayoritaria*” es una expresión acuñada por Bruce Ackerman (En: La política del dialogo liberal. Barcelona. Gedisa. 1999) para referirse al conflicto político entre órganos técnicos cuya conformación y origen no provienen directamente de la participación popular, pero que pueden llegar a ser un obstáculo para los poderes públicos con un grado significativo legitimidad electoral, tales como las ramas ejecutiva y legislativa.

Bastan estas consideraciones para concluir que es manifiesto que la Contraloría General de la República incurrió en *defecto orgánico*, cuando, evadiendo el mandato constitucional que reivindica el régimen de responsabilidad especial de los aforados descritos en el artículo 174 Superior, entre los que se cuenta al Fiscal General de la Nación, formuló cargos contra este servidor dentro de un proceso sancionatorio fiscal por el presunto incumplimiento del deber de rendir el informe de gestión contractual correspondiente al cuarto trimestre de 2012.

4.6. La violación de las garantías fundamentales del accionante, en especial, del derecho al debido proceso en su componente de juez natural, se concretó definitivamente cuando pese a que, el señor Fiscal General alegó, a manera de excepción previa, la incompetencia de la Contraloría para investigarlo fiscalmente, el Contralor Delegado para el sector Defensa, Justicia y Seguridad, precedido de unas supuestas facultades de las que carecía, se arrogó la tarea de conocer de fondo el asunto en la medida que calificó la conducta de este servidor y, archivó la actuación, únicamente, bajo la comprobación de una causal eximente de responsabilidad: fuerza mayor.

De este modo, aunque, en apariencia, la afectación de los derechos fundamentales del actor cesó con la decisión de archivo, la verdad es que, el peligro de agresión ius fundamental sigue latente habida cuenta que la Contraloría se autoinvistió de unas atribuciones de las que adolece frente a los aforados especiales descritos en el artículo 174 de la Carta, y de aquí en adelante, en cualquier momento, podría, de nuevo, volver a

iniciar otra investigación de corte sancionatorio o resarcitorio contra el accionante, ignorando, para el efecto, su condición foral.

En ese orden, razón le asiste al apoderado del accionante cuando advierte la incongruencia intrínseca de las consideraciones del fallo acusado, pues no obstante el juez colegiado de primera instancia detectó la flagrante vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, declaró la improcedencia del amparo solicitado por cuanto a su juicio sobrevino un hecho superado por razón de la referida decisión de archivo, siendo que la amenaza de vulneración del debido proceso permanece intacta.

Entonces, para restablecer el derecho conculcado, se impone revocar la decisión objeto de impugnación, dejar sin efecto, la Resolución No 011 del 2 de julio de 2013, expedida por el Contralor Delegado para el sector Defensa, Justicia y Seguridad al interior del proceso sancionatorio No. 002-13 y ordenar a la autoridad accionada que, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, emita otra decisión por cuyo medio declare la nulidad de la actuación a partir de la apertura de la investigación y la archive definitivamente, atendiendo las razones de incompetencia alegadas ante esa entidad por el Fiscal General de la Nación.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que el juez constitucional está obligado a procurar la satisfacción de la garantía de no repetición, dispondrá prevenir a la Contraloría General de la

República para que se abstenga de incurrir en irregularidades sustanciales como la que generó la interposición de la acción de tutela, concretamente, no podrá iniciar o proseguir investigación alguna de carácter fiscal (resarcitoria o sancionatoria) contra los funcionarios aforados constitucionalmente en el artículo 174 de la Constitución Política.

4.7. Para cerrar, con el Tribunal, la Corte es del criterio que no hay lugar a estudiar de fondo, si se configuraron o no los defectos sustantivos y fácticos en la decisión que estudió la presunta falta de naturaleza fiscal atribuida al señor Fiscal General de la Nación, pues de un lado, por virtud de esta sentencia dicha determinación fue privada de sus efectos y, de otra, son aspectos, que de ser el caso, tendría que examinar el juez natural, esto es, el Congreso de la República.

4.8. Finalmente, en cuanto hace a la presunta vulneración del derecho a la igualdad por cuenta de que se abrió investigación fiscal contra el Fiscal General de la Nación, no así frente a los titulares de otras entidades del Estado que, igualmente, habrían incumplido la obligación de rendir oportunamente el informe de gestión contractual para el último trimestre del 2012, o lo rindieron igualmente de manera tardía, es del caso señalar que, para la Corte no es palmario el quebrantamiento de dicho postulado en la medida que la Contraloría informó que había iniciado otro proceso de la misma naturaleza contra la Dirección General de Sanidad Marítima y respecto de las demás instituciones se encontraba efectuando las labores de

verificación para determinar si había o no lugar a iniciar el trámite sancionatorio correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

## **RESUELVE**

**Primero.** Revocar la decisión objeto de impugnación. En consecuencia, **conceder** el amparo del derecho al debido proceso, solicitado por el doctor **EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**, en su calidad de Fiscal General de la Nación y, por ende, **dejar sin efecto**, la Resolución No 011 del 2 de julio de 2013, expedida por el Contralor Delegado para el sector Defensa, Justicia y Seguridad y **ordenar** a la autoridad accionada que, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, emita otra decisión por cuyo medio declare la nulidad del proceso sancionatorio fiscal No. 02-13 a partir de la apertura de la investigación y su archivo definitivo, atendiendo las razones de incompetencia alegadas ante esa entidad por el Fiscal General de la Nación.

**Segundo.** Prevenir a la Contraloría General de la República para que se abstenga de incurrir en irregularidades sustanciales como la que generó la interposición de esta acción de tutela, concretamente, no podrá iniciar o proseguir investigación alguna de carácter fiscal (resarcitoria o sancionatoria) contra los

funcionarios aforados constitucionalmente en el artículo 174 de la Constitución Política.

**Tercero. Remitir** el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de esta sentencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**  
**Magistrado**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**  
**Magistrado**

**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**