

24 de septiembre de 2020

Señor,

**PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
SECRETARIO EJECUTIVO**

Señora,

**ROMINA I. SIJNIENSKY
SECRETARIA ADJUNTA**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SAN JOSÉ, COSTA RICA**

REF: Observaciones y alegatos finales caso Martínez Esquivia

De nuestra consideración:

CIRO COLOMBARA LOPEZ y BRANISLAV MARELIC ROKOV, junto con **MAITE DE RUE,** y **JULIANA VENGOECHEA BARRIOS** de Open Society Justice Initiative¹, concurriendo como parte del equipo de representantes de la víctima **YENINA MARTINEZ ESQUIVIA,** respetuosamente nos dirigimos a esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos para someter las observaciones y alegatos finales:

El presente escrito se estructura en las siguientes secciones:

- I. Objeto del litigio e importancia del caso.
- II. Observaciones a la prueba y a los peritajes.
- III. Hechos probados y pertinentes para el objeto del litigio.
- IV. Las excepciones preliminares deben ser rechazadas.
- V. Existen violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- VI. Reparaciones y Peticiones.

¹ Casillas de correo electrónico: maite.derue@opensocietyfoundations.org ; y juliana.vengoechea@opensocietyfoundations.org

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTERROGANTES JURÍDICOS Y OBJETO DEL LITIGIO.....	4
II.	OBSERVACIONES A LA PRUEBA Y A LOS PERITAJES.....	8
1.	Observación a la prueba	8
1.1.	Expediente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos....	8
1.2.	Prueba aportada por el Estado en su contestación.....	10
2.	Observación a los peritajes	11
2.1.	De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	11
2.2.	Del Estado.....	15
2.2.1.	Perito Jorge Iván Rincón Córdoba.....	15
2.2.2.	Perita María Teresa Palacios.....	21
3.	Decretadas por la H. Corte	24
III.	HECHOS PROBADOS Y PERTINENTES PARA EL OBJETO DEL LITIGIO.	26
IV.	LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES DEBEN SER RECHAZADAS	30
1.	El Estado de Colombia alegó solamente algunas excepciones preliminares ante la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Necesidad de mantener la coherencia.....	30
2.	Las excepciones preliminares en particular no proceden y una a una deben ser rechazadas.	33
V.	EXISTEN VIOLACIONES A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	34
1.	Primera Discusión Previa: Particular protección de la víctima como Fiscal	34
1.1.	Garantías del Trabajo de las Fiscalías: Estabilidad para garantizar Independencia e Imparcialidad.	34
1.2.	La Remoción de operadores y operadoras de Justicia no puede ser discrecional ni infundada.....	38
1.3.	El Sistema Universal y Europeo de Derechos Humanos han avanzado en la protección de los y las fiscales reconociéndoles mayor protección en sus cargos.	41

1.3.1. La independencia de los fiscales: un elemento clave de la independencia del poder judicial y el Estado de Derecho.....	42
1.3.2. Garantías para asegurar la independencia de los fiscales y la protección de represalias o intimidación en la toma de sus decisiones.	48
1.3.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) defiende el principio de la independencia fiscal y la aplicación de las garantías de un juicio imparcial en las destituciones de fiscales.	57
2. Segunda Discusión Previa: La normativa y jurisprudencia del Estado de Colombia podían y debían proteger los derechos de la víctima.	59
3. Respuestas a los interrogantes jurídicos y la violación concreta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	69
3.1. ¿Fue conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la declaración de insubsistencia de la víctima Yenina Martínez Esquivia?	70
3.2. ¿Se proveyó acceso a la víctima Yenina Martínez Esquivia, de todos los recursos judiciales efectivos para cautelar sus derechos violados exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?	73
VI. REPARACIONES Y PETICIONES.....	76

I. Interrogantes Jurídicos y Objeto del Litigo

La víctima, Yenina Martínez Esquivia, se desempeñó como fiscal penal en la Fiscalía General de la Nación de Colombia, normativamente encargada de la persecución de los delitos cometidos bajo la ley nacional. Cabe señalar que Yenina Martínez Esquivia, para efectos legales y como miembro de la Fiscalía General, fue parte de la Rama Judicial².

Yenina Martínez Esquivia ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 01 de julio de 1992 moviéndose en diferentes cargos, hasta llegar a la unidad de la Fiscalía en la ciudad de Cartagena el 22 de agosto de 1992. Ostentó su cargo hasta el 4 de noviembre de 2004 por decisión de la Fiscalía General.

La víctima ingresó a la Fiscalía General sin concurso público, entrando en una condición de provisionalidad, que duró casi 12 años. El término de su cargo público se produjo por una resolución de “insubsistencia”, poniendo fin a su trabajo, mientras dirigía investigaciones penales contra otros funcionarios públicos.

La resolución de “insubsistencia” no tuvo fundamento explícito ni proceso alguno, sino que se basó en la mera decisión del Fiscal General, ya que los cargos en “provisionalidad” son esencialmente precarios, ya que quienes los ostentan no tienen su cargo en propiedad. La desvinculación de la víctima desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta ilícita.

Resulta un hecho curioso que la víctima haya estado en un caso “provisorio” durante 12 años, mientras que el cargo de Fiscal General, que es el jefe del servicio, dura solo 4 años³. A todas luces la “provisionalidad” de la víctima es una condición irregular que se mantuvo por más de 12 años.

² Ley de la Fiscalía General. Artículo 1. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal. Está integrada por el Fiscal General de la Nación quien la dirigirá, los Fiscales Delegados, funcionarios y empleados de la Fiscalía. Disponible: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/decreto2699-91.pdf>

³ **Constitución Política de Colombia. Artículo 249.** La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás

Posteriormente, ante la remoción ilícita, la víctima intentó diferentes acciones judiciales, todas ineficaces, lo que generó un segundo grupo de vulneraciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, son 2 los interrogantes jurídicos que esta H. Corte Interamericana deberá resolver en este caso:

¿Fue conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la declaración de insubsistencia de la víctima Yenina Martínez Esquivia?

¿Se proveyó acceso a la víctima Yenina Martínez Esquivia, de todos los recursos judiciales efectivos para cautelar sus derechos violados exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Ambas preguntas se responderán en los alegatos de fondo a lo largo de este escrito concluyendo, en definitiva, que la declaración de insubsistencia viola la Convención Americana y que no se proveyeron todos los recursos judiciales para la víctima Yenina Martínez Esquivia.

Además, existe una pregunta de justicia que es transversal a las anteriores ¿Quién se debe hacer cargo de la existencia irregular de cargos provisorios por 12 años? ¿Es el Estado o es quien ostenta el cargo provisorio?

Si se decide que la “insubsistencia” fue lícita, la víctima Yenina Martínez Esquivia asume toda la responsabilidad de que el Estado colombiano la mantuviera por 12 años en provisionalidad. Sería de cargo de la víctima.

Si se decide que la “insubsistencia” fue ilícita, como sostenemos acá, es el Estado colombiano el que tiene que asumir la responsabilidad por crear, mantener y administrar cargos provisorios por 12 años, afectando los

funcionarios que determine la ley. El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

derechos humanos de la víctima, pero también afectando la forma democrática de organización del Estado.

Para las respuestas a los interrogantes planteados, no se utilizará el derecho interno colombiano, sino que las dudas se determinarán utilizando exclusivamente lo prescrito en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Este no es un caso que siquiera roce el concepto de “cuarta instancia” como el Estado alegó.

Expresamente se debe declarar, a pesar de que sea evidente, que por la naturaleza del objeto del litigio este caso no es una interpretación de la normativa doméstica del Estado colombiano, sino que se deben cotejar las acciones del Estado con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴.

Este caso es importante para la víctima Yenina Martínez Esquivia porque impactó su proyecto de vida, pero además este caso es importante ya que, por primera vez, la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos producirá jurisprudencia específica sobre el rol y garantías a los y las fiscales encargadas de la persecución penal en un Estado Democrático de Derecho.

La H. Corte Interamericana en este caso de la víctima Yenina Martínez Esquivia, también podrá seguir la tendencia mundial marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que por primera vez y recientemente, ha decidido la necesidad de proteger a los y las fiscales como una obligación emanada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se explicará durante el texto.

Por esta relevancia regional y mundial que presenta este caso, el efecto de considerar lícita la “insubsistencia” de la víctima, no solo atañe a la misma Yenina Martínez Esquivia, sino que enviaría una señal a la región, de que los

⁴ En todo caso, de acuerdo con bloque de constitucionalidad existente en el Estado de Colombia, el contenido de la CADH y la interpretación que de la misma realiza autorizadamente la Corte IDH, tiene rango constitucional. En particular, el artículo 93 de la Constitución establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia “prevalecen en el orden interno,” y que todos los derechos y deberes consagrados en la Constitución “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

y las fiscales no tendrían protección para desarrollar de manera imparcial su labor en materia criminal.

Antes de continuar la exposición, se deja presente que los hechos para responder los interrogantes jurídicos están ampliamente probados, o no fueron controvertidos por el Estado en sus sucesivas comunicaciones, por lo que este caso esencialmente es un asunto de derecho sobre cuanta protección se le debe dar a una fiscal penal en la región, como lo era la víctima Yenina Martínez Esquivia.

II. Observaciones a la prueba y a los peritajes.

La prueba rendida, tanto la acompañada en el expediente de la Comisión, como la aportada por los representantes de la víctima, así como la que el Estado adjuntó, es concordante con los hechos esenciales del caso. Asimismo, esta parte quiere valorar y comentar los peritajes de los y la experta en este caso, que permiten, en todo caso, respaldar la posición de la víctima.

1. Observación a la prueba

1.1. Expediente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Dejando presente que todas las pruebas son pertinentes para el caso, esta parte quiere destacar la relevancia de las siguientes contenidas en el expediente (dividido en 2 tomos) y los anexos remitidos a la H. Corte por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tomo 1:

Páginas 297 a 298: Inclusión de la víctima como servidora del semestre de la Fiscalía General en octubre de 2000, estableciéndose como Uno-A. Esta prueba demuestra que la víctima no desempeñaba en los hechos un cargo provisional, sino contaba con reconocimiento de una estabilidad en tal capacidad ¿Podría un mero cargo provisorio gozar de este reconocimiento?

Página 296: Reconocimiento de la Fiscalía General a la víctima en 2001, destacando su productividad. ¿Podría un mero cargo provisorio gozar de este reconocimiento?

Página 289: Nombramiento de 12 de marzo de 1992 de la víctima como jueza de instrucción criminal, probando que ingresó a la Rama Judicial en Colombia.

Página 259: Denegación de la revisión por la Corte Constitucional Colombiana de la tutela de la víctima T-1233107, con fecha 13 de diciembre de 2005.

Página 75: Constancia expedida por la Fiscalía General de la Nación dando cuenta que la víctima Yenina Martínez Esquivia se desempeñó en la institución, transferida desde el juzgado de Instrucción Criminal, entre el 1 de julio de 1992 y 14 de octubre de 2005.

Tomo 2:

Página 9 a 45: Reglamento de la Fiscalía General de la Nación, de 9 de enero de 2014, que a modo de rectificación de situaciones irregulares señala en su **artículo 11** que la provisionalidad es temporal, mientras que no exista titular. ¿Son 12 años algo temporal? ¿O Yenina Martínez Esquivia comenzó a desempeñar el cargo con expectativas de no ser removida?

Por otra parte, en el **artículo 98** se regula la insubsistencia solo para los cargos de libre nombramiento y remoción (cargos de exclusiva confianza). ¿Es el cargo de fiscal de la víctima de exclusiva confianza? Claramente no.

La situación de la víctima fue de carácter irregular, incluso bajo esta normativa vigente, que en su **artículo 118** mandató a remediar la situación de provisionalidad ordenando los concursos para todos los cargos en provisionalidad.

Anexos al Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Anexo 2: Incorporación de la víctima a la Fiscalía General de la Nación con fecha 1 de julio de 1992 al cargo de Fiscal Seccional Grado 18 en Mompos.

Anexo 3: Traslado de la víctima a la sección de El Carmen de Bolívar con fecha 28 de septiembre de 1992, todo al interior de la Fiscalía General.

Anexo 4: Traslado de la víctima a la Unidad Especializada de Delitos contra el Patrimonio Económico con fecha 14 de agosto de 1996, todo al interior de la Fiscalía General.

Anexo 5: Traslado de la víctima a la Unidad Seccional de Delitos contra la Administración Pública en Cartagena con fecha 25 de noviembre de 1997, todo al interior de la Fiscalía General.

Anexo 6: Traslado de la víctima a la Fiscalía N° 48 en Cartagena de 31 de agosto de 1999, todo al interior de la Fiscalía General.

Anexo 7: Declaración de insubsistencia, sin ningún fundamento, del cargo de la víctima con fecha 29 de octubre de 2004. (La comunicación

Anexo 8: Traslado (nunca ejecutado) con fecha 29 de octubre de 2004 de la víctima a la Fiscalía de Providencia.

Anexo 9 al 14: Copia fiel y no controvertida de las sentencias judiciales intentadas por la víctima luego de la declaración ilícita de insubsistencia.

1.2. Prueba aportada por el Estado en su contestación

Sobre la prueba aportada por el Estado en su contestación, esta parte tiene las siguientes observaciones:

Anexo 1 al 3, 6: Se señalan actuaciones judiciales y certificaciones procesales que no son controvertidas por esta parte en cuando a su ocurrencia, sin embargo, se tiene una interpretación jurídica diferente.

Anexo 4: Rechazo de solicitud de permiso solicitado por la víctima el 21 de octubre de 2004, por su “cúmulo de trabajo”. En nuestra opinión, esta es una evidencia clara de que el trabajo de la víctima no era meramente “provisorio”, sino que constituía el ejercicio de un cargo esencial de persecución penal.

Anexo 5: El Estado acompaña esta sentencia judicial, de 20 de agosto de 2009, donde una servidora pública de la Fiscalía General de la Nación sufre la declaración de “insubsistencia”, sin embargo, ésta al ser inmotivada y en su finalidad constituye una desviación de poder, esta “insubsistencia” es anulada. Este caso demuestra 2 puntos a nuestro parecer: (1) La “insubsistencia” no es meramente discrecional y (2) El Poder Judicial pudo haber remediado la afectación sufrida por la víctima. En todo caso, una sentencia como la anexada por el Estado solo puede

beneficiar la tesis de la víctima en derecho doméstico, en exigir que el acto de “insubsistencia” es mucho más que un mero capricho o potestad arbitraria del jefe de servicio.

Anexo 7: Se acompaña una lista de cotización en la seguridad social de la víctima. Esta parte considera irrelevante esta prueba para efectos de la resolución del objeto del litigio. El monto pagado o no por la víctima, y su modalidad, en ningún caso se relaciona con la validez de la “insubsistencia”, ni tampoco con la provisión de recursos judiciales.

2. Observación a los peritajes

2.1. De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto al peritaje del Magistrado Emérito Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, esta parte señala su conformidad con la autoridad el perito en la materia, así como asignar pleno valor a todas las conclusiones realizadas en su informe, así como en las respuestas a las preguntas formuladas acompañadas.

Sin perjuicio de que todo lo expresado por el perito es esencial para el caso, son de particular relevancia las siguientes ideas y conclusiones que se extraen de la deposición:

El o la fiscal, en el marco de un proceso acusatorio, y al detentar la iniciativa del *ius puniendi* estatal, es una autoridad. (Página 9)

La condición de autoridad, vinculado al marco normativo, exige que el o la fiscal solo persiga penalmente a quienes considere responsables del delito, debiendo en otro caso postular a su inocencia. (Página 9)

Es la actividad del o la fiscal, y su decisión, la que a una persona se le asigna la calidad de imputado de delito, debiendo ejercer esta decisión en base a fundamentos. Nunca de otra forma. (Página 9)

De acuerdo con la presunción de inocencia y de estricta legalidad, el o la fiscal deberá hacer valer elementos que beneficien al imputado, por lo tanto, no es meramente un acusador que buscará condena a todo evento. (Página 9)

En virtud de su poder, de los efectos sobre la persecución del delito, y su sujeción a la estricta legalidad y presunción de inocencia, el o la fiscal debe tener garantías institucionales asimilables a las que tiene el juez. (Página 10)

La razón esencial para que el o la fiscal goce de garantías institucionales asimilables a la del juez, es que debe ejercer sus atribuciones sin interferencia indebidas, de manera análoga a la ausencia de interferencia que los y las juezas deben tener al resolver con imparcialidad los conflictos sometidos a su conocimiento. (Página 10)

“¿De que serviría el imperativo expresado en el principio *nullum crimen nulle poena sine lege*, si no contase con la posibilidad real de ser actuado por sujetos institucionales idóneos en razón de su estatuto, y con la previsión de un cauce procesal adecuado para verificar el posible carácter típico de determinadas conductas en un marco de garantías?” (Página 10)

El proceso penal actual, concordante con el régimen constitucional, debe establecer una relación ley/fiscal/juez en el curso de la formación de la decisión. El juez solo podrá tomar decisiones adecuadas, si fluye información honesta e imparcial de parte de quien detenta casi la exclusividad del *ius puniendi*, que es el o la fiscal. (Página 10)

Si la actuación del fiscal se viera condicionada a factores extralegales, como políticos, el juez tampoco podría ser calificado de imparcial. Por lo tanto, la independencia judicial comienza en la independencia del Ministerio Público. (Página 10)

“Una administración de justicia en contexto constitucional digna de su nombre – comprendido el fiscal –, para ser órgano real de la legalidad, debe gozar de un estatuto de independencia plenamente garantizado *erga omnes*, incluidos los sujetos de poder, en el caso de que sus actuaciones pudieran franquear la frontera del Código Penal”. (Página 13)

“Desde el punto de vista estatutario, el criterio no puede ser más unánime: los fiscales deben gozar de un tratamiento equivalente al de los jueces, en materia de selección, promoción, cese, régimen disciplinario, estabilidad

en el empleo y, en general desempeño de la función puesto que, al fin, como en el caso de estos, unos y otros, desde sus distintas posiciones en el espacio jurisdiccional cumplen funciones estrechamente interconectadas y han de dar efectividad a idénticos valores constitucionales”. (Página 15)

Someter a los y las fiscales a regímenes de provisionalidad en el ejercicio de su cargo, generando inestabilidad, representa un obstáculo insalvable para un ejercicio de la función conforme a principios de los y las persecutoras. (Página 16)

Si se contemplan cargos excepcionalmente provisorios, deben tener duración determinada y causales de terminación de la provisionalidad explícitas, con un debido proceso y obligación de motivación los actos. Las remociones infundadas son instrumentos para fines espurios o para ejercer sanciones encubiertas. (Página 16)

En opinión del perito, y compartido por esta representación, la insubsistencia fue una sanción encubierta en respuesta a perseguir como delito de prevaricato la actuación de un servidor público. (Página 17)

Los y las fiscales en Colombia nombradas en provisionalidad, cuentan con lo que se llama una “estabilidad intermedia”, que en los hechos es la más absoluta discrecionalidad en el nombramiento, en la duración del encargo y de su cesación. Están totalmente a la merced de su jefatura. (Página 18)

En opinión del perito, aun cuando los y las fiscales son provisorios, detentan una función pública inequívoca, debiendo contar con garantías para realizar su labor, cosa que no ocurrió en el caso de la víctima. (Página 19)

En opinión del perito, y con sorpresa, que el Estado afirme que la insubsistencia es procedente de la forma en que fue ejercida, es aceptar que “algo tan serio como la remoción de la titular de una función en el ámbito de la administración de justicia podría darse, como se dio, de forma aleatoria y sorpresiva, de un día para otro, sin un sustento de razones; mediante una especie de ukase, una orden perentoria, cuartelera casi, una suerte de abrupto: ¡Váyase! Desprovisto, por tanto, del mínimo

de dignidad exigible de un acto jurídico con afectación de derechos”. (Página 19)

En opinión del perito, es grave que el Estado de Colombia afirme que la remoción puede ser así de infundada y arbitraria, y eso gozaría de legalidad. Además, el Fiscal General dictamina que “no procede recurso alguno” dejando en la total indefensión a la víctima del caso. (Página 20)

Que la víctima, como en este caso, esté obligada a probar la ilegalidad de una decisión, es una prueba diabólica, que dota al Estado de “patente de corso” para decidir sin medir las consecuencias. (Página 20)

El acto infundado de remoción de la víctima no tiene las razones porque justamente están fuera de la normativa, ya que si existieran razones aceptables se hubiesen dado sin ningún problema. (Página 22)

Es plausible y lógico que la remoción de la víctima fue una sanción encubierta, por la cronología de los hechos y la investigación que incomodó al Estado. No existe otra explicación para que esta decisión fuera adoptada en ese momento, para esa fiscal y luego de las discrepancias con sus superiores. (Página 23)

Además, el perito, ante las preguntas formuladas por la representación de la víctima, concluyó lo siguiente:

Las garantías para los y las fiscales penales son garantía *sine qua non* de la vigencia del principio de legalidad. (Página 29)

Independiente de la organización del Ministerio Público, se deben brindar todas las garantías de independencia e inamovilidad para los y las fiscales. (Página 30)

Los y las fiscales también gozan de garantías en relación con sus superiores jerárquicos, no pudiendo reasignar investigaciones sin razones suficientes. La principal vinculación del o la fiscal es con la ley, no con su superior jerárquico. (Página 30 y 31)

La protección de los y las juezas es análoga a la protección que deberían tener los y las fiscales. (Página 30)

La inamovilidad es la garantía más antigua del estatuto del juez, y brinda análogamente al o la fiscal la protección contra la “forma más grosera” de interferir en su labor, que es la remoción. (Página 31)

Si no existe inamovilidad, el fiscal le resulta imposible cumplir su rol de manera adecuada. “Sería una especie de no-fiscal. Un burócrata manejable y a disposición de la incontrolada discrecionalidad del superior”. (Página 31)

Las garantías para los y las fiscales aseguran también los derechos de los y las investigadas. Cuando no existen estas garantías, la acción penal es un acto directamente político degradando la calidad de la función jurisdiccional. (Página 32)

La “insubsistencia”, para que sea lícita debe tener una absoluta reserva legal en su procedencia; debe garantizar la sujeción a la ley; debe tener un procedimiento ajustado al debido proceso y; debe ser motivada. (Página 32 y 33)

La provisionalidad es excepcional, no puede ser la regla general ya que las provisionalidades crónicas o endémicas son una aberrante contradicción. La provisionalidad debe basarse en causales legales, con plazo o condiciones de término claros, nunca sujetos a remoción arbitraria, y con garantías para los y las provisionales asimilables a las que tendrían los cargos titulares. (Página 33)

2.2. Del Estado

2.2.1. Perito Jorge Iván Rincón Córdoba

En cuanto a aspectos formales, esta representación de la víctima señala que los varios aspectos del peritaje son hechos o disposiciones de derecho interno, que sirven para la parte fáctica de la resolución de este conflicto y que en nada afectan la determinación y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de esta H. Corte. Sin embargo, esta parte quiere también destacar que varios pasajes y conclusiones del peritaje del Estado respaldan y refuerzan la argumentación de esta parte representante de la víctima.

En cuanto a aspectos de fondo, esta parte observa las conclusiones arribadas por el perito, en su página 66, en los siguientes términos:

El perito sostiene, “La existencia del régimen de carrera administrativa especial para la Fiscalía General de la Nación, asegura no sólo la autonomía sino la independencia de esta institución para el cumplimiento de las funciones judiciales encomendadas”. **En nuestra opinión**, esta conclusión no es pertinente ni parte del objeto del litigio, ya que la carrera administrativa a la que el perito hace referencia no fue aplicada para la víctima, ya que la víctima no estuvo formalmente en una “carrera”, y además la normativa citada por el perito (Ley 909 de 23 de septiembre 2004) estuvo en vigencia recién 1 mes antes de la declaración de insubsistencia (24 de octubre de 2004) ¿Qué relevancia podría tener esta ley si Yenina Martínez Esquivia ingresó a la Fiscalía antes de la vigencia de la Ley 909?⁵

Por otra parte, no existe cuestionamiento a la organización general de la Fiscalía General, solo a la forma en que Yenina Martínez Esquivia fue desvinculada.

El perito sostiene, “Dicho régimen de carrera administrativa, garantiza a su vez la independencia de los empleados públicos, quienes sólo pueden ver variadas sus decisiones (judiciales) mediante la resolución de los recursos que proceden contra las mismas”. **En nuestra opinión**, esta conclusión está fuera del objeto del litigio además de ser evidentemente verdadera: Los empleados públicos pueden ver modificadas sus

⁵ Es más, en la Ley 909 de 2004 en su artículo 57 se establece “En todo caso se conservarán y se respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos o establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, a la fecha de vigencia de esta ley”. Esta norma reconoce la existencia de derechos adquiridos sobre la normativa al momento del ingreso a la Fiscalía, por lo que el “régimen” de Yenina Martínez Esquivia no se ve afectado por dicha ley. Ley Disponible en:

<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%20909%20de%2023%20de%20septiembre%20de%202004.pdf>

decisiones judiciales mediante los recursos que procedan, aseveración que no aporta a la resolución de este conflicto.

El perito sostiene, “Lo anterior se consigue mediante el cumplimiento de la regla según la cuál los empleos de la entidad deben ser de carrera administrativa, salvo las excepciones que se prevean legalmente y que, como se vio, obedecen a estrictos criterios delimitados por la legislación y jurisprudencia constitucional”. **En nuestra opinión**, esta conclusión igualmente se enmarca fuera del objeto del litigio, ya que lo que está en duda no es la existencia de la carrera administrativa, sino el por qué los cargos en provisionalidad que han durado 12 años, pueden ser removidos discrecionalmente. En todo caso, se debe recalcar que el autor habla de una carrera administrativa principalmente en base a una ley que se dictó 1 mes antes de la remoción de la víctima, y casi 10 años después de su ingreso a la Fiscalía General.

El perito sostiene, “El cargo de fiscal delegado ante los jueces penales del circuito, al ser de nivel profesional es de carrera administrativa, no sólo porque así lo dice el Decreto Ley de 2014 y las normas que lo desarrollan, sino porque no se ajusta a los parámetros de dirección, confianza y manejo que justifican la existencia de un empleo libre de nombramiento y remoción ...” **En nuestra opinión**, estamos de acuerdo con el perito en orden a señalar que el cargo que ostentaba la víctima no era de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, la insubsistencia infundada no procedía. Se debe señalar que el objeto del litigio no dice relación con discutir la calidad de empleo de la víctima, que en todo caso gracias al perito queda claro que era de carrera, sino si las fiscales provisionales en cargos de carrera tienen garantías de inamovilidad.

El perito sostiene, “Como el cargo de fiscal delegado ante juez penal del circuito es de carrera administrativa, ante una vacancia definitiva este debe ser provisto mediante concurso de méritos. Para no generar una paralización de las actividades de la institución, mientras esta condición se cumple puede hacerse un nombramiento de provisionalidad, que en otros ordenamientos jurídicos sería el equivalente a la interinidad”. **En**

nuestra opinión estamos de acuerdo con el perito, en orden a señalar que la provisionalidad es excepcional sujeta a un plazo o condición (nombramiento del titular). Pero el objeto de litigio no cuestiona aquello en abstracto, sino que en el caso concreto está probado que Yenina Martínez Esquivia estuvo en provisionalidad cerca de 12 años, desempeñándose como autoridad, sin las debidas garantías en virtud de su cargo.

El perito sostiene, “Al provisional se le reconoce en Colombia una estabilidad intermedia, de tal forma que sólo puede ser desvinculado en la actualidad si se constata una justificación objetiva o si se realiza el concurso de méritos y, una vez concluido éste, debe procederse a realizar el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el proceso selectivo” **Esta parte valora esta conclusión** ya que, en otras palabras, respalda que la provisionalidad solo puede terminar con una justificación objetiva o cuando el cargo se provea mediante concurso público. Ninguna de las 2 hipótesis concurren en la insubsistencia de la víctima.

El perito sostiene, “La forma de desvinculación habitual es la llamada declaratoria de insubsistencia, que es una medida de naturaleza administrativa y no sancionatoria, que tiene por finalidad generar una mejora en el servicio. Esta decisión se materializa en un acto administrativo de carácter particular” **Esta parte también valora esta conclusión**, sin embargo, señalamos que evidentemente la insubsistencia en abstracto tiene una naturaleza administrativa y neutral, sin embargo, en este caso concreto se utilizó como una sanción además de que no concurren las condiciones para la procedencia de la insubsistencia que el mismo perito indicó en su conclusión 6.

El perito sostiene, “Si el provisional en Colombia considera que su desvinculación es injustificada, puede cuestionar el acto administrativo mediante el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho...” **En nuestra posición**, esta conclusión del perito permite concluir que pueden existir otros mecanismos de impugnación, no siendo la nulidad y el restablecimiento la única vía procesal disponible.

El perito sostiene, “La jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido constante...” **Con respecto a esta conclusión**, esta parte estima que es una consideración de derecho doméstico que no influye en la valoración desde el Derecho Internacional que esta H. Corte debe realizar con respecto a la procedencia o no de la declaratoria de insubsistencia.

El perito sostiene, “No obstante, para que pueda obtenerse un pronunciamiento por parte del juez contencioso administrativo, resulta indispensable que se haga dentro de los tiempos de caducidad previstos...”

En nuestra opinión, esta es una consideración de derecho doméstico que apunta a los requisitos procesales de una acción, que no es la única disponible para controvertir la legalidad de la insubsistencia.

El perito sostiene, “En el caso de la motivación expresa de la decisión de declaratoria de insubsistencia de un provisional, existió divergencia entre la postura asumida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ...”. **En nuestra opinión**, lo sostenido por el perito es una probabilidad, como el mismo lo indica, que no da certeza a que los jueces podrían haber fallado favorablemente a la víctima.

El perito sostiene, “En los supuestos de no motivación de la declaratoria de insubsistencia se abre una posibilidad más: utilizar la tutela como mecanismo transitorio, con lo cual se obtiene, en el caso de los provisionales, que el juez ordene la suspensión del acto administrativo y mantener la vinculación hasta que no se resuelva en sede ordinaria la nulidad y restablecimiento del derecho...”. **En nuestra opinión**, la conclusión del perito también respalda la tesis de la víctima, ya que el mismo perito afirma que una decisión infundada de insubsistencia, como la de la víctima, lo más probable es que podría haber sido revertida por el Poder Judicial. El único problema de esta conclusión es que el perito le asigna la responsabilidad de cuestionar una ilegalidad flagrante a la víctima, aun cuando ésta interpuso otros remedios judiciales domésticos disponibles.

El perito sostiene, “Aún en el hipotético caso de que sólo se hubiere acudido al juez contencioso administrativo y éste ante la falta de

motivación, una vez agotadas todas las instancias y con sentencia ejecutoriada, se apartará de la posición de la Corte Constitucional, era posible solicitar tutela contra providencia judicial...” **En nuestra opinión**, sin desconocer la posibilidad de continuar accionando judicialmente, la asentada jurisprudencia de esta H. Corte indica que no se le puede exigir a la víctima agotar todos y cada uno de los recursos judiciales del ordenamiento jurídico, sino solamente aquellos que se consideran idóneos. En este caso, no es posible que sea responsabilidad de la víctima continuar agotando recursos judiciales ante una ilegalidad flagrante.

El perito sostiene, “(...) Por esta razón, en mi concepto no encuentro necesaria la adopción de garantías de no repetición”. **Esta parte no está de acuerdo con esta conclusión**, toda vez que las garantías de no repetición pueden ser de diferente índole, y no solo la adopción de reformas legales.

El perito, por otra parte, ante las preguntas formuladas por la representación de la víctima, concluyó lo siguiente en lo que es relevante para el objeto del litigio:

Una fiscal en provisionalidad puede desempeñar el cargo en esa calidad solo el tiempo necesario para proveer el cargo titular (o que éste vuelva a desempeñar su posición). (Página 71 y 72)

No existe diferencia en las atribuciones, competencias o remuneraciones de una fiscal provisoria de una titular, la única diferencia es la precariedad del cargo de la primera con respecto a la segunda. (Página 74)

Las fiscales titulares tienen causales de remoción que son igualmente aplicables a las fiscales provisorias. Sin embargo, las fiscales provisorias tienen una causal adicional de cese, que es la insubsistencia. En opinión del perito, la insubsistencia debe ser motivada, ya que así se ha desarrollado la jurisprudencia. (Página 76)

Los jueces o juezas pueden ser nombradas en provisionalidad, y tienen normas idénticas a los y las fiscales. (Página 79)

La insubsistencia es una medida administrativa que tiene causales, tales como mérito y capacidad, perfil profesional o ausencia de habilidades, por lo tanto, esta parte infiere que no es meramente discrecional e infundada. Incluso el perito afirma que no es una decisión que pueda tomarse de plano, ya que implica una evaluación de desempeño. (Página 81)

Las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General no tienen injerencia sobre los casos de los y las fiscales subalternas, sino solamente una labor administrativa, por lo que esta parte infiere que cualquier intervención en las investigaciones es ilícita en Colombia. (Página 88)

En opinión del perito, el Fiscal General no tiene discrecionalidad sobre sus funcionarios, ya que todas sus decisiones deben estar fundadas, y en el caso de la insubsistencia, debe basarse en causales objetivas.

2.2.2. Perita María Teresa Palacios

En cuanto a aspectos formales, esta representación de la víctima quiere poner en perspectiva el conocimiento de la perita en cuanto al objetivo de su declaración, ya que de acuerdo con las preguntas que esta parte le formuló para evaluar su idoneidad pericial se puede concluir:

La perita no ha tenido participación en litigios ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y tan solo cuenta con participación directa en la elaboración de un informe en calidad *amicus curiae* sobre migración y protección internacional de niños y niñas, un tema que no tiene relación con el objeto de su peritaje. Por otra parte, es relevante señalar que su participación no incluye casos contenciosos, lo que no demuestra experiencia en las consecuencias del agotamiento de recursos internos o de estándares internacionales sobre desvinculación de operadores de justicia.

La perita no ha señalado su participación en litigios domésticos que ilustre su conocimiento en la materia sobre la cuál depone, que, en definitiva, son los estándares internacionales en materia de desvinculación de operadores de justicia, o los efectos en derecho internacional de la falta de agotamiento de recursos domésticos.

La perita posee una *expertise* indudable en materia de migración y leyes de extranjería, así como en aspecto de derechos económicos y sociales, sin embargo, el objeto del peritaje no dice relación con esos asuntos.

La perita reconoce que no tiene artículos académicos, libros, capítulos de libros, ni ningún otro documento de investigación sobre agotamiento de recursos domésticos. Es más, su *expertise* indudable es sobre migración, tal como su tesis doctoral.

La perita afirma que tiene un artículo académico, en coautoría, relacionado con derechos políticos, sin embargo, analizado el artículo⁶ en cuestión, éste trata de aproximaciones filosóficas detrás de las sentencias de la Corte Constitucional, no de aproximaciones jurídicas o de estándares internacionales. Además, que el tema del artículo referenciado trata sobre participación política, esencialmente vinculado a procesos electorarios, no teniendo relación con materias relacionadas con empleo público en la Rama Judicial,

En cuanto a aspectos de fondo, esta parte observa lo siguiente:

La perita sostiene, en cuanto al agotamiento de recursos internos (Página 14) que la tutela no es un recurso efectivo para remediar la violación que ha sufrido la víctima. Sin embargo, existen sentencias citadas por el Estado y por esta parte en la contestación a las observaciones preliminares (que se verán *infra* sección V.2.) donde la tutela sí fue idónea para restituir a servidoras públicas desvinculadas infundadamente. Además, una acción de tutela fue acogida en este caso en una oportunidad, demostrando la posibilidad idónea remediar la violación.

Estos representantes de la víctima han desarrollado la línea argumentativa que la existencia de la tutela, como aquella acción de garantía y derechos fundamentales, debe ser útil en algún aspecto, y a lo menos debería pretender proteger los derechos afectados de la víctima.

⁶ Disponible en: <https://es.slideshare.net/encuentrored/memorias-vii-encuentro-redsociojca> página 51.

El reconocimiento *a priori* de la ineffectividad de la tutela para remediar afectaciones a los derechos fundamentales, es contraria al artículo 25 de la Convención. En estos escenarios, si la tutela era útil se agotaron los recursos; si la tutela era inútil a pesar de la promesa de proteger derechos fundamentales, tenemos una violación flagrante y confesa del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La perita en cuanto a los estándares desarrollados sobre operadores judiciales, **en nuestra opinión** no evidencia una exposición del todo correcta de los estándares europeos en la materia, lo que lleva a conclusiones inexactas a lo que realmente ha decidido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Europeo en su conjunto, lo que se explicará *infra* sección V.1.3.

La perita, en relación con los estándares desarrollados sobre operadores judiciales en el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, afirma que no existe ninguna norma que garantice la independencia expresa de los y las fiscales, por lo que, de esta aproximación formalista, se sugiere que la independencia de los y las fiscales no sería procedente. **En nuestra opinión**, esto se contrapone diametralmente a lo sostenido por el perito de la CIDH, que interpretando las normas y la lógica normativa concluye que la protección de los y las fiscales es un imperativo del Estado de Derecho y de la presunción de inocencia, garantía que si está expresamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La perita reconoce que el nombramiento de fiscales en condición de provisionalidad sin plazo o condición definido, es algo no aclarado en el derecho internacional, pero que existe una tendencia a asegurar su protección especial (Página 70 y 71). **En opinión de esta representación**, que no exista consenso claro no implica que esta exigencia no emane del Derecho Internacional vigente y evolutivo. Por otra parte, **nada ha obstado a que esta H. Corte Interamericana en temas emergente haya sentado jurisprudencia pionera**, por ejemplo, en materia de desaparición forzada de personas, derechos de los

pueblos indígenas o en igualdad y no discriminación en base a orientación sexual. Por ejemplo, con una interpretación formalista como la propuesta por la perita y sin un consenso amplio al momento de decidir el caso Atala Riffo, la H. Corte IDH no podría haber incorporado la orientación sexual en la categoría sospechosa “otra condición social”.

La perita opina sobre la naturaleza formal de la insubsistencia, como una decisión administrativa para asegurar el buen servicio de la Fiscalía afirmando que esta carece de cualquier garantía (Página 68), lo que es una contradicción en cuanto a la protección mínimo que deberían tener los fiscales, sostenida por esta representación y el perito de la CIDH.

Esta parte llama la atención del argumento de la perita de sugerir una relativización de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contraponiéndolo a la autodeterminación de los pueblos (Página 27), insinuando que este principio fundante del Derecho Internacional Público de alguna forma sería *un escudo para la discrecionalidad* de los Estados en administrar el empleo público. Dicho argumento por la práctica de esta H. Corte, no tiene cabida toda vez que aun cuando un Estado construya su ordenamiento jurídico, este debe ser conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Decretadas por la H. Corte

Solicitada la rendición de la declaración de la víctima del caso Yenina Martínez Esquivia sobre los hechos del caso, esta parte solicita se dé plena credibilidad a su declaración por ser concordante con todos los documentos que constan en el expediente. Y se solicita en especial se tenga en consideración el gran daño emocional y familiar provocado por la desvinculación ilícita de la víctima de su cargo de fiscal penal.

Por su parte, en virtud de la solicitud de la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos, y puesto en conocimiento de esta representación de las víctimas el 18 de septiembre de 2020, esta parte quiere destacar un hecho reconocido por el Estado y esencial: No hubo concurso público para proveer el cargo de Yenina Martínez Esquivia sino hasta septiembre de 2007.

En opinión de esta representación, y considerando que la desvinculación de la víctima se verificó en noviembre de 2004. ¿Cómo se puede explicar la necesidad de declarar la insubsistencia 3 años antes de si quiera convocar a los concursos? Por parte, el mismo perito del Estado en sus conclusiones afirmó que “Al provisional se le reconoce en Colombia una estabilidad intermedia, de tal forma que sólo puede ser desvinculado en la actualidad si se constata una justificación objetiva o si se realiza el concurso de méritos y, una vez concluido éste, debe procederse a realizar el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el proceso selectivo”. Con lo anterior queda claro que la desvinculación de la víctima fue en todos sus puntos ilícita.

III. Hechos probados y pertinentes para el objeto del litigio.

Los hechos del caso que se deben considerar por probados son los mismos que la H. Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio por probados en su Informe de Fondo, desde el párrafo 31 al 49, además de lo alegado por esta representación de la víctima en sus escritos anteriores.

Específicamente sobre los hechos probados se deben realizar énfasis y precisiones a la luz de las observaciones rendidas en la sección II *supra*:

1. Yenina Martínez Esquivia se incorporó a la Fiscalía General de la Nación el 1 de julio de 1992, en condición de provisionalidad, desempeñando diferentes cargos en la persecución penal de los delitos.
2. En relación con los fiscales, la condición de provisionalidad solo es diferente a la situación de “titularidad” en cuanto a que la primera puede cesar cuando se cumple una condición. En cuanto a las otras funciones, potestades o remuneración, los cargos en provisionalidad son idénticos a los cargos “titulares”.
3. Yenina Martínez Esquivia, en su última asignación en la Fiscalía, se encargó de la persecución penal de delitos cometidos contra funcionarios públicos en Cartagena, investigando un caso de corrupción con un alto perfil decretando providencias no compartidas por su jefatura.
4. Las providencias decretadas por la víctima, dirigidas a asegurar la protección de los derechos de las comunidades afrocolombianas, fueron resistidas por su jefatura, realizando ésta diferentes maniobras para anularlas.
5. La tensión entre la víctima y su jefatura en Cartagena ocasionó que la Fiscalía dictara un traslado desde Cartagena a la Isla de Providencia orden firmada con fecha 29 de octubre de 2004, notificada el 3 de noviembre de 2004. Este traslado fue solicitado expresamente por la jefatura de la víctima.
6. El mismo 29 de octubre de 2004 la Fiscalía dictó otra resolución, declarando la insubsistencia de Yenina Martínez Esquivia en su cargo.

Esta resolución fue notificada el 4 de noviembre de 2004. La resolución de insubsistencia fue dictada sin ninguna motivación.

7. Yenina Martínez Esquivia se desempeñó 12 años en condición de provisionalidad hasta la declaración de insubsistencia el 4 de noviembre de 2004.

8. Declarada la insubsistencia en noviembre de 2004, no hubo convocatoria a concurso sino hasta 2007, por lo que no existía ninguna urgencia o razón de buen servicio para desvincular a Yenina Martínez Esquivia, por lo que la tesis del despido por conflicto con su jefatura, en torno a la investigación penal de un caso de corrupción pública, es la única explicación que se tiene para esta actuación.

9. A mayor abundamiento, si era necesaria la insubsistencia del cargo de la víctima Yenina Martínez Esquivia en Cartagena, no debió haber sido removida ya que fue trasladada a la Isla de Providencia dejando para todos los efectos vacante su cargo anterior. Queda claro que el problema era la figura de Yenina Martínez Esquivia y no el cargo que ostentaba.

10. Yenina Martínez Esquivia durante todo su trabajo en la Fiscalía desempeñó su cargo con excelencia, reconocida por la misma institución.

11. Aun cuando se podría considerar que facultad de insubsistencia es esencialmente discrecional, en el caso de los fiscales penales, ésta puede ser utilizada materialmente con fines sancionatorios o de control sobre su trabajo, tal como ocurrió acá siendo señalado por el perito de la CIDH.

12. La víctima interpuso numerosos recursos judiciales, no obteniendo reparación efectiva mediante un acceso a la justicia plena.

13. Cabe señalar que como se argumenta *infra* (Sección V.2), que la acción de tutela ha sido efectiva para remediar declaraciones de *insubsistencia* de otras servidoras públicas en la misma circunstancia que la víctima.

Por su parte, en términos cronológicos esta parte señala los principales hitos:

Fecha	Hecho
-------	-------

01 julio de 1992	Víctima ingresa a trabajar al Ministerio Público
03 noviembre de 2004	Notificación de decisión de traslado de la víctima a la jurisdicción de Isla de Providencia
04 noviembre de 2004	Notificación de decisión de que cargo de víctima se declara “insubsistente” por el Fiscal General
24 de febrero de 2005	Se interpone una <u>acción judicial laboral</u> por violación del Fuero Sindical ante el Juzgado Séptimo Laboral de Cartagena
25 de febrero de 2005	Se resuelve en primera instancia la <u>primera acción de tutela</u> ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Se rechaza la pretensión de la víctima
13 de abril de 2005	Se resuelve en segunda instancia la <u>primera acción de tutela</u> ante la Sala Laboral de la Corte Suprema. Se rechaza la pretensión de la víctima.
27 de mayo de 2005	Sobre la <u>primera tutela</u> la Corte Constitucional decidió no escogerla para revisión.
12 de julio de 2005	Se interpone <u>acción de nulidad</u> del acto administrativo y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cartagena
26 de julio de 2005	Se resuelve la <u>segunda tutela</u> por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, fallando a favor de la víctima
7 de septiembre de 2005	En apelación de la sentencia de la <u>segunda tutela</u> ante el Consejo Superior de la Judicatura, revoca la decisión y rechaza la pretensión de la víctima

4 de octubre de 2005	Se dicta sentencia por la <u>acción de nulidad</u> del Tribunal Administrativo de Cartagena. Se rechaza la pretensión de la víctima ya que el tribunal estimó que se incumplió el plazo de 4 meses
22 de diciembre de 2005	La víctima interpone la denuncia ante la H. Comisión Interamericana de Derechos Humanos
13 de diciembre de 2006	Se dicta sentencia por el <u>juicio laboral</u> por violación del fuero sindical, dictada por el Juzgado Séptimo Laboral. Se rechaza la pretensión de la víctima
22 de septiembre de 2010	Se dicta sentencia de segunda instancia por el <u>juicio laboral</u> por violación del fuero sindical, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena

IV. Las excepciones preliminares deben ser rechazadas

Esta parte ya ha realizado sus descargos a las excepciones preliminares formuladas por el Estado en su oportunidad procesal, por lo que no se reiterarán los argumentos completos pidiendo se remita la H. Corte a ese documento para decidir y, en definitiva, rechazar todas las pretensiones del Estado.

Sin embargo, esta parte se permite reiterar los siguientes argumentos esenciales para el rechazo, ya esgrimidos latamente en el documento antes señalado.

1. El Estado de Colombia alegó solamente algunas excepciones preliminares ante la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Necesidad de mantener la coherencia.

Como lo ha reafirmado invariablemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos, "una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno"⁷, o sea, en la primera actuación ante la Comisión Interamericana, previo a la emisión del informe de admisibilidad.

Esta parte señala que ante excepciones preliminares que se alegarán por el Estado, éstas deben ser coherentes con las excepciones que se alegaron ante la CIDH, en la primera comunicación del Estado.

Estas son las excepciones preliminares que el Estado de Colombia alegó ante la Honorable Comisión Interamericana:

Primera comunicación de 25 de junio de 2010 (Página 196, Primera Parte del Expediente ante la H. Comisión)

En la primera comunicación que se recibió del Estado se alegaron solamente 2 excepciones preliminares a la admisibilidad:

⁷ Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, Párr. 21.

- Excepción de la “fórmula de la cuarta instancia” (Página 4 de la comunicación). Al no alegarse, según el Estado, derechos infringidos de la Convención Americana.

- No se han agotado los recursos internos (Página 15 de la comunicación). Al no estar agotado, específicamente, la acción judicial de fuero sindical. El Estado señala textual “la peticionaria no ha agotado el recurso laboral de fuero sindical...”. El Estado toma la decisión de argumentar la tesis de que el recurso laboral era el que debía ser agotado, y que estaba pendiente.

Ninguna otra consideración de excepción preliminar fue esgrimida, ni tampoco se cuestionó procesalmente los otros recursos interpuestos.

Segunda Comunicación de 13 de septiembre de 2010 (Página 141, Primera Parte del Expediente ante la H. Comisión)

El Estado reitera su argumentación, en relación con cuestionar la admisibilidad de la petición sobre la “fórmula de la cuarta instancia” y sobre la falta de agotamiento de recursos internos, sin embargo, en este último punto desarrolla una innovación, cambia su tesis jurídica y afirma ahora que el recurso que debió agotar la víctima era la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. (Página 12 de la segunda comunicación)

El Estado, desde la primera comunicación (que es la que es relevante para mantener la coherencia procesal de las excepciones preliminares) sostiene que solo hay que mirar el recurso sobre fuero sindical, mientras que en la segunda comunicación sostiene que debemos mirar la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

¿Cuál era el recurso que debía agotar la víctima Yenina Martínez Esquivia? El Estado no lo tiene claro en estas primeras dos comunicaciones.

Tercera Comunicación de 15 de noviembre de 2010 (Página 102, Primera Parte del Expediente ante la H. Comisión)

Esta tercera comunicación, sin tratar excepciones preliminares en cuanto al agotamiento de recursos, y remitiéndose a las dos anteriores

comunicaciones, el Estado argumenta una tercera vía para la inadmisibilidad, que la petición no expone “hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención”, en virtud del artículo 47 b de la Convención.

Esta tercera comunicación tiene un reconocimiento crucial del Estado Colombiano, y que el recurso de fuero sindical fallado en segunda instancia agotó la vía interna del Estado Colombiano. Textualmente el Estado reconoció en el párrafo 29, página 13 de la tercera comunicación, lo siguiente:

“Con ocasión de dicha decisión (en primera instancia del fuero laboral), la peticionaria presentó recurso de apelación, el cual fue admitido el 26 de enero de 2007, y fallado el 22 de septiembre de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena – Sala Laboral, quien señaló que “al momento de ser separada de su cargo la actora no estaba amparada por el fuero sindical”, por lo que procedió a confirmar la sentencia proferida por la Juzgado Séptimo Laboral del Circuito (sic). **Es de indicar que con ocasión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Justicia de Cartagena los recursos jurídicos de los que disponía la señora Martínez a nivel interno han sido agotados.** (Énfasis agregad por esta parte)”

¿Los recursos judiciales están o no agotados en base a la opinión del Estado de Colombia en su tercera comunicación?

En conclusión, de la lectura de la primera comunicación del Estado de Colombia, tenemos claro que su línea argumental válida para mantener la coherencia de las excepciones preliminares va en dos líneas: falta de Competencia debido a materia (“fórmula de cuarta instancia”) y no agotamiento del recurso laboral sobre fuero sindical.

Por su parte, y desde el punto de vista procesal, el Estado de Colombia ha renunciado a alegar otras excepciones preliminares, especialmente debatir sobre el cumplimiento o no del plazo de los 6 meses para someter la petición desde el agotamiento de recursos.

2. Las excepciones preliminares en particular no proceden y una a una deben ser rechazadas.

En cuanto a las demás excepciones preliminares específicas, esta parte ya ha argumentado en su oportunidad procesal lo siguiente:

El Estado alega que se está ocupando una “Fórmula de Cuarta Instancia”. Esta parte considera que el conflicto está basado en el cumplimiento de obligaciones emanadas de la Convención Americana, como se ha explicado *supra* en objeto del litigio. (Sección I)

El Estado alega que los recursos judiciales no fueron agotados. Esta parte considera que se agotaron recursos ordinarios y otros complementarios. Es más, el Estado solo puede alegar la excepción preliminar de no agotamiento en relación con la acción laboral, porque esa fue la única que se opuso en la oportunidad procesal correspondiente.

Ante una pluralidad de recursos domésticos, el mejor agotado fue la vía constitucional a través de las tutelas intentadas, complementaria a la vía laboral. Además de agotar otros recursos judiciales y vías no judiciales igualmente.

Por estos argumentos latamente detallados y profundizados en la contestación evacuada por los representantes de la víctima, sustentan la petición de que esta H. Corte conozca y decida sobre el fondo del caso, y otorgue las reparaciones correspondientes.

V. Existen violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Primera Discusión Previa: Particular protección de la víctima como Fiscal

Tal como se ha señalado en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los peritajes rendidos, en los argumentos esgrimidos por estos representantes: el cargo de fiscal no es un mero funcionario público, sino que tiene garantías fortalecidas emanadas de la organización propia del Estado de Derecho y de la protección de derechos, como el principio de legalidad o la presunción de inocencia.

Por lo tanto, la remoción de una fiscal de la misma forma que es la remoción de un juez o jueza, debe ser estrictamente regulada, por su rol casi exclusivo en ejercer el *ius puniendi* estatal. Estas garantías, tal como lo señala el perito de la CIDH, son una protección contra presiones indebidas, sobre todo, cuando los y las fiscales se involucran en asuntos complejos o altos intereses políticos.

Por su particular posición y rol, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado a garantías específicas, que se tratan a continuación:

1.1. Garantías del Trabajo de las Fiscalías: Estabilidad para garantizar Independencia e Imparcialidad.

Como lo ha señalado el perito de la CIDH, y esta parte en su escrito anterior, la estabilidad de los fiscales, especialmente como en Colombia que son parte de la Rama Judicial, representa una garantía esencial de su independencia e imparcialidad, y a este respecto, un instrumento necesario para el debido proceso legal.

Las Directrices sobre la Función de los Fiscales de Naciones Unidas⁸, reconociendo que los fiscales desempeñan un papel crucial en la actividad de

⁸ O en su nombre en inglés, Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990 (“Guidelines on the Role of

la administración de justicia, establece que los Estados deben garantizar que los fiscales puedan participar en su actividad profesional libre de intimidación o injerencia indebida (Directriz 3 y 4):

3. Los fiscales, en su calidad de miembros esenciales de la administración de justicia, mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión.

4. Los Estados garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole.

Del mismo modo, la oficina de Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen, en su publicación en inglés, *The Status and Role of Prosecutors*⁹, ha mencionado sobre los fiscales que:

3.3. Protection against unlawful orders and arbitrary action

[...]

Prosecutors should also be protected against arbitrary actions taken by their superiors, such as reassignment of cases without explanation, reduction in seniority or pay scale without cause or forced relocation to another part of the prosecution service's area of operations without consideration of the prosecutor's personal circumstances and without an operational requirement. Such actions can impinge on the independence of the prosecutor and can also have a negative effect on the morale of the individual prosecutor concerned, leading to a resultant negative effect on the operational effectiveness of the prosecution service. (Página 19 del libro)

Prosecutors”).

Disponible

en:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

⁹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *The Status and Role of Prosecutors* A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide, 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304_ebook.pdf

Tal como señala la Oficina de Naciones Unidas antes citada, en el ejercicio de su función, los fiscales pueden estar sometidos a diversos tipos de intimidación para limitar su actuación. Como ejemplo, hay la posibilidad de traslado por parte de las autoridades jerárquicas a lugares remotos, lo que dificulta la realización de investigaciones y crea diversos impedimentos a la práctica profesional libre, tal como ocurrió con la víctima Yenina Martínez Esquivia. En ese punto, es evidente que Fiscales deben gozar de una protección tal como la tienen los miembros del Poder Judicial, en orden a reconocer la estabilidad como una garantía necesaria para fortalecer la independencia del ejercicio profesional, como estableció esta H. Corte Interamericana, en los casos Reverón Trujillo¹⁰ y Apitz¹¹.

¹⁰ I/A Court H.R. Case of Reverón Trujillo v. Venezuela. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 30, 2009. Series C No. 197, para. 67: “Ahora bien, los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. El Tribunal ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces⁵⁸. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática.”

¹¹ I/A Court H.R., Case of Apitz Barbera Et Al. (“First Court of Administrative Disputes”) V. Venezuela Judgment of August 5, 2008 (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), para. 147: “Based on the above, the Court finds that the Venezuelan Judicial Branch itself has condemned the legislative inaction in the adoption of the Code of Ethics. This inaction has consequences in the instant case, since the victims were tried by a special organ that has no defined stability and the members of which can be appointed or removed without a pre-defined procedure and at the STJ’s sole discretion. Basically, even though the misuse of power by the CORJS, acting under the direct pressure exerted on it by the Executive Branch for it to remove the victims, is not an

En específico, esta H. Corte ya ha reconocido la necesidad de que los cargos provisionales sean una excepción, lo mismo han señalado los peritos como se ha destacado (*supra* Sección II.2.2). A pesar de esta excepcionalidad, la víctima Yenina Martínez Esquivia estuvo 12 años en provisionalidad.

Tal como se reconocen el perito del Estado, los y las fiscales en provisionalidad tienen las mismas facultades y remuneraciones que aquellos o aquellas fiscales en titularidad de su cargo ¿No es razonable que presenten garantías análogas para desempeñar la misma función?

Al respecto *mutatis mutandis*, en Reverón Trujillo se estableció que:

La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas, ya que, si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial. (Párr. 117)

Ahora bien, dado que no se puede igualar un concurso público de oposición a una revisión de credenciales ni se puede aseverar que la estabilidad que acompaña a un cargo permanente es igual a la que acompaña a un cargo provisorio que tiene condición resolutoria, esta Corte ha sostenido que los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. De otra parte, para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la

established fact in the instant case, the Court finds that, given the discretionary removal of the members of the CORJS, due guarantees were not provided to ensure that the pressure to which the First Court was being subjected would not influence the decisions of the disciplinary organ.”

provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. (Párr. 118)¹²

1.2. La Remoción de operadores y operadoras de Justicia no puede ser discrecional ni infundada.

Tal como la H. Corte señaló en el caso *Apitz Barbera*¹³, en una situación análoga a la remoción de fiscales:

La Corte observa que los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial. En similar sentido, la Corte considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente. Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla. De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de

¹² I/A Court H.R. Case of *Reverón Trujillo v. Venezuela*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of June 30, 2009. Series C No. 197, para. 117 and 118.

¹³ Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados. (Párr. 43)

La Honorable Corte llegó a la conclusión, en la argumentación anterior, que:

De otro lado, puesto que el nombramiento de jueces provisionales debe estar sujeto a aquellas condiciones de servicio que aseguren el ejercicio independiente de su cargo, el régimen de ascenso, traslado, asignación de causas, suspensión y cesación de funciones del que gozan los jueces titulares debe mantenerse intacto en el caso de los jueces que carecen de dicha titularidad. (Párr. 45)

Se debe destacar que las garantías de independencia, es una garantía para presiones indebidas “en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. (Párr. 55)”.

Posteriormente al caso *Apitz*, el caso *López Lone*¹⁴ volvió sobre las garantías a los jueces y juezas en tanto operadores de justicia. La Corte señaló:

“(…) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana (Párr. 192).

Aplicable plenamente a la condición de los y las fiscales, es el caso *Quintana Coello*¹⁵, que tal como el caso *López Lone* reforzó la protección de los jueces

¹⁴ Corte IDH. Caso *López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf%20

¹⁵ Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (*Quintana Coello y otros*) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de

y juezas, en tanto operadores de justicia, reafirmando la clara jurisprudencia asentada:

“(…) Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”180), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas (Párr. 144)”

Manteniendo la analogía entre jueces y fiscales, reconocida por el perito de la CIDH, reafirmado porque en el Estado de Colombia pertenecen ambos a la Rama Judicial, la H. Corte Interamericana es clara al sostener:

Entre los alcances de la inamovilidad relevantes para el presente caso, los Principios Básicos establecen que “[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos” y que “[s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o **expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos**, cuando existan normas al respecto”. Además, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley. Este Tribunal ha acogido estos principios y ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa. **Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir**

agosto de 2013. Serie C No. 266. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf

controversias concretas sin temor a represalias” (Énfasis Agregado. Párr. 145)

Por estas consideraciones, la remoción de la víctima Yenina Martínez Esquivia no es inocua sino profundamente disruptiva de la legalidad vigente, al ser decidida sin ninguna causal o fundamentación, violentando criterios mínimos de inamovilidad, exigido para los Fiscales, análogos a los requeridos en el Poder Judicial.

1.3. El Sistema Universal y Europeo de Derechos Humanos han avanzado en la protección de los y las fiscales reconociéndoles mayor protección en sus cargos.

Para todos los sistemas internacionales, los fiscales son actores claves en el sistema de justicia penal. El respeto hacia el Estado de Derecho les exige ser independientes, es decir, estar libres y protegidos de toda influencia, presión o amenaza indebida en la toma de decisiones.

La protección a la independencia de los fiscales exige un rango de medidas que incluye la protección contra decisiones arbitrarias o ilegales que afecten su carrera profesional. Se debe garantizar: la seguridad en el ejercicio de la profesión; criterios objetivos para proceder con el traslado, la destitución y las sanciones disciplinarias; y acceso efectivo a los recursos judiciales para objetar la decisión en un juicio imparcial.

A continuación, se desarrollan estos mandatos en base a una argumentación profundizada del Sistema Universal y Europeo de Derechos Humanos.

1.3.1. La independencia de los fiscales: un elemento clave de la independencia del poder judicial y el Estado de Derecho.

Su función

Los fiscales del Ministerio Público cumplen una función esencial dentro del sistema de justicia penal. Son la “autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal”.¹⁶

Los fiscales están entre los funcionarios más poderosos del sistema de justicia penal: determinan si se desvía un caso, qué cargos imputar, a quién acusar y procesar, si se pide la detención preventiva, y si se negocian y se ofrecen concesiones para obtener una condena sin un juicio contencioso.

La estructura, la organización y la función del Ministerio Público varían según el Estado. Pueden formar parte del poder ejecutivo, del Poder Judicial o ser completamente independientes de ambas ramas. Las funciones de los fiscales también pueden variar, por ejemplo, algunos operan en el sistema de procesamiento discrecional (el “principio de oportunidad”), mientras que otros operan en el sistema de procesamiento legal (el “principio de legalidad”).

A pesar de esta variedad en los acuerdos institucionales y legales, hay rasgos y valores comunes que caracterizan el estado profesional y las normas éticas que rigen la conducta de los fiscales. Tal como se señaló, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y la Comisión de Venecia (el órgano consultivo independiente del Consejo de Europa sobre problemas de derecho constitucional) han destacado la necesidad de que los

¹⁶ Consejo de Europa, Recomendación Rec (2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, adoptado por el Comité de Ministros el 6 de octubre del 2000. Consejo de Europa, Directrices europeas sobre la ética y la conducta de los fiscales del Ministerio Público. “Directrices de Budapest”, Conferencia de Fiscales Generales del Ministerio Público de Europa, 6.ª sesión, 31 de mayo de 2005.

fiscales lleven a cabo sus funciones de manera justa e imparcial, sin considerar su posición en el sistema de justicia penal.¹⁷

El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) (un órgano consultivo del Comité de Ministros del Consejo de Europa) también subrayó que se espera que los fiscales “ejerzan sus funciones dentro del marco del estado de derecho, lo que exige respeto hacia una cierta cantidad de valores fundamentales, como la imparcialidad, la transparencia, la honestidad, la prudencia, la legitimidad y la contribución a la calidad de la justicia”.¹⁸

Los fiscales deben ser independientes

Los órganos de las Naciones Unidas y los órganos de los sistemas europeos han alcanzado un amplio consenso sobre la necesidad de garantizar la independencia de los fiscales como un componente fundamental de la administración de justicia.¹⁹ Los fiscales independientes que están

¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “The status and role of prosecutors” (La situación y la función de los fiscales), 2014, página 8. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, 2010, párr. 15. Naciones Unidas, Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptadas por el 8.º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990, párr. 12 y 13.

¹⁸ Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), opinión n.º 13 (2018): “Independencia, responsabilidad y ética de los fiscales”, 23 de noviembre de 2018, párr. 6. Traducción no oficial del texto en inglés

¹⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “The status and role of prosecutors” (La situación y la función de los fiscales), arriba, página 8. Véase también Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. A/HCR/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 24 y 25. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 22. Opinión n.º 12(2009) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y opinión n.º 4(2009) del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) para el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las relaciones entre los jueces y los fiscales en una sociedad democrática, llamada “Déclaration de Bordeaux” (Declaración de Burdeos), 8 de diciembre de 2009, párr. 6.

dispuestos a investigar y a procesar, sin considerar el estado que los sospechosos puedan tener en la sociedad, son agentes claves en el fortalecimiento del estado de derecho.²⁰ Los fiscales deben ser, en efecto, lo suficientemente independientes para tomar sus decisiones de manera objetiva y sin considerar ninguna interferencia o presión indebida. Donde esas interferencias o presiones estén presentes, “el fiscal no podrá proteger los intereses de la justicia, no podrá respetar el estado de derecho y no tendrá el poder de ocuparse de los casos de corrupción o abuso del Estado de manera efectiva”.²¹

La entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados, Gabriela Knaul, destacó que “es fundamental que en el desempeño de sus funciones los fiscales puedan llevar a cabo su labor de modo independiente, imparcial y objetivo y con transparencia”,²² una opinión compartida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD).²³ Según el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), “independiente significa que los fiscales estén libres de interferencia ilegal en el ejercicio de sus obligaciones para asegurar el total respeto y la

²⁰ Red Europea de Consejos del Poder Judicial (RECPJ), “Independence and accountability of the judiciary and of the prosecution” (Independencia y responsabilidad del poder judicial y del Ministerio Público). Indicadores de desempeño 2015. Informe de la RECPJ 2014-2015, página 73. A este informe lo preparó un subgrupo de representantes de cinco miembros de la RECPJ (Bélgica, Bulgaria, Francia, Rumania e Italia) y no refleja las opiniones y recomendaciones de la RECPJ en su totalidad.

²¹ Discurso del presidente de la Asociación Internacional de Fiscales, James Hamilton, en la ceremonia

de apertura de la 18.^a Conferencia Anual de la Asociación Internacional de Fiscales sobre el tema

“El fiscal y el estado de derecho”, llevada a cabo en Moscú del 8 al 12 de septiembre de 2013 en la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “The status and role of prosecutors” (La situación y la función de los fiscales), arriba, página 7. Traducción no oficial del texto en inglés

²² Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, arriba, párr. 24.

²³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “The status and role of prosecutors” (La situación y la función de los fiscales), arriba, página 8.

aplicación de la ley y el principio del estado de derecho, y que no estén sometidos a ninguna presión política o influencia ilegal de ningún tipo”.²⁴ El Consejo también enfatizó que cualquier influencia que pueda afectar la independencia del Ministerio Público es probable que afecte el juicio completo.²⁵

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en un fallo innovador, emitido el 5 de mayo de 2020, consagró el principio de la independencia de los fiscales “que es, según el Consejo de Europa y otros instrumentos internacionales, un elemento clave para el mantenimiento de la independencia judicial”.²⁶ El Tribunal se refirió a los numerosos instrumentos del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas que afirmaban este principio de independencia.²⁷

Como lo destacó la Comisión de Venecia, la independencia del fiscal es de extrema importancia, ya que los fiscales pueden tener que tomar “decisiones impopulares, que pueden ser sujetas a crítica en los medios o convertirse en objeto de controversia política”.²⁸ La Comisión de Venecia también reiteró que “la interferencia política en el Ministerio Público es probablemente tan vieja como la sociedad misma”.²⁹ Tal interferencia indebida puede estar dirigida a que los fiscales tomen decisiones incorrectas. Bajo la interferencia indebida, un fiscal puede decidir abrir una causa donde no hay pruebas

²⁴ Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), opinión n.º 13 (2018), arriba, párr. 15. Véase también el Consejo de Europa, Plan de acción para fortalecer la independencia y la imparcialidad judicial, CM (2016)36 final, abril de 2016, Acción 3.2., página 26.

²⁵ Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), opinión n.º 13 (2018), arriba, párr. 32. Traducción no oficial del texto en inglés

²⁶ Kövesi vs. Rumania, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 5 de mayo de 2020, Demanda n.º 3594/19, párr. 208.

²⁷ Ibidem, párr. 80 a 93.

²⁸ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 18. Traducción no oficial del texto en inglés

²⁹ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 20. Traducción no oficial del texto en inglés

suficientes o basarse en pruebas obtenidas de manera indebida. La interferencia indebida también puede llevar a un fiscal a decidir no abrir un caso que debería de abrirse, lo que conllevaría a la impunidad.³⁰ Estas decisiones no autónomas ponen en peligro la legitimidad y la credibilidad de la administración de justicia y, en consecuencia, debilitan el estado de derecho.

La independencia del fiscal intensifica los esfuerzos en la lucha contra la corrupción, especialmente la corrupción política o la corrupción a gran escala.³¹ Como lo destacó el órgano anticorrupción del Consejo de Europa, el Grupo de Estados contra la Corrupción, “la discusión completa sobre la independencia del sistema de justicia penal debería comenzar con la capacidad del Ministerio Público para actuar de manera autónoma de las otras ramas del Gobierno y para tomar decisiones, según el fondo de los casos”.³² Por ejemplo, una evaluación empírica en 78 países resaltó las relaciones entre la independencia de los organismos del Ministerio Público y su disposición a procesar delitos cometidos por los funcionarios del Gobierno.³³ El estudio empírico concluyó que, mientras más fiscales independientes haya en la práctica, menor será el nivel de corrupción esperado en los países en estudio.

³⁰ Ibidem, párr. 21.

³¹ GRECO, Grupo de Estados contra la Corrupción. Órgano Anticorrupción del Consejo de Europa, 4.^a Ronda de Evaluación, prevención de la corrupción. Miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales. Conclusiones y tendencias, página 25. Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de Progreso en Rumania bajo el Mecanismo de Cooperación y Verificación, COM (2013) 47 final, página 4.

³² GRECO, Grupo de Estados contra la Corrupción. Órgano Anticorrupción del Consejo de Europa, 4.^a Ronda de Evaluación, prevención de la corrupción. Miembros del Parlamento, Jueces y Fiscales. Conclusiones y tendencias, página 25. Traducción no oficial del texto en inglés

³³ Anne Van Aaken, Lars P. Feld y Stefan Voigt. (marzo de 2010). ‘Do Independent Prosecutors Deter Political Corruption? An Empirical Evaluation across Seventy-eight Countries.’ (‘¿Los fiscales independientes impiden la corrupción política? Una evaluación empírica en setenta y ocho países’). *American Law and Economics Review*, 12(1), 204 a 244.

Relación entre la independencia fiscal y judicial

La independencia de los fiscales se percibe, en gran parte, como la consecuencia de la independencia de los jueces, aunque el alcance y los elementos de su respectiva independencia no son idénticos.³⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha destacado la importancia que tiene que las autoridades de investigación sean independientes, al declarar que “las personas responsables de llevar a cabo la investigación deben ser independientes e imparciales en la ley y en la práctica”³⁵. El Tribunal también declaró que “en una sociedad democrática los tribunales y las autoridades de investigación deben permanecer libres de presión política”.³⁶

En su plan de acción sobre “el fortalecimiento de la independencia y la imparcialidad judicial” adoptado en 2016, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dejó en claro que el refuerzo de la independencia y la imparcialidad del poder judicial exige que se fortalezca la independencia de los jueces y de los fiscales.³⁷ En una opinión adoptada en conjunto, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) declararon que la independencia de la administración de justicia exige que los jueces y los fiscales no caigan bajo ningún tipo de influencia indebida en los casos individuales.³⁸ Agregaron que “la independencia de los fiscales es una salvaguardia adicional en el mantenimiento de la independencia de los jueces. Es crucial en una sociedad

³⁴ Ibidem, párr. 3. “Déclaration de Bordeaux” (Declaración de Burdeos), arriba, párr. 3.

³⁵ Kolevi vs. Bulgaria, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 5 de noviembre de 2009, Demanda n.º. 1108/02, párr. 193. Traducción no oficial del texto en inglés

³⁶ Guja vs. Moldavia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), (Gran Sala) 12 de febrero de 2008, Demanda n.º 14277/04, párr. 86. Traducción no oficial del texto en inglés

³⁷ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Plan de acción para “fortalecer la independencia y la imparcialidad judicial”, 13 de abril de 2016, CM (2016)36 final.

³⁸ “Déclaration de Bordeaux” (Declaración de Burdeos), arriba, párr. 5 y 8.

democrática y es una condición esencial para la independencia del sistema de justicia en su totalidad”.³⁹

Los miembros de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial (RECPJ) (una organización que une los órganos nacionales para apoyar al poder judicial de los países de la Unión Europea) admitieron que la independencia de los jueces y la independencia de los fiscales, tiene igual importancia en la promoción y la mejora del estado de derecho.⁴⁰

1.3.2. Garantías para asegurar la independencia de los fiscales y la protección de represalias o intimidación en la toma de sus decisiones.

La independencia de los fiscales está garantizada en varias normas complementarias que los protegen de la interferencia indebida en sus actividades. Estas reglas cubren, por lo menos, los nombramientos, la seguridad en el ejercicio de la profesión, los traslados, la disciplina, la destitución y la desestimación, y las normas para la gestión de casos.⁴¹

Como lo reiteró el Comité de Ministros del Consejo de Europa, los Estados tienen la responsabilidad de “tomar medidas apropiadas para asegurar que los fiscales del Ministerio Público puedan desarrollar sus obligaciones y

³⁹ Desafíos para la independencia y la imparcialidad judicial en los Estados Miembros del Consejo de Europa, Informe preparado en conjunto por la Oficina del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y la Oficina del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) para el Secretario General del Consejo de Europa como seguimiento de su informe de 2016, 3rev, 24 de marzo de 2016, párr. 35. Traducción no oficial del texto en inglés

⁴⁰ Red Europea de Consejos del Poder Judicial, “Independence and accountability of the judiciary and of the prosecution” (Independencia y responsabilidad del poder judicial y del Ministerio Público). Indicadores de desempeño 2015, arriba, página 72.

⁴¹ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 32. Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), opinión n.º13 (2018), arriba, párr. 24 a 45.

responsabilidades profesionales sin interferencia injustificada”.⁴² También, remarcó que los “fiscales deberán, en todo caso, estar en condiciones de elevar a juicio sin obstrucción a funcionarios públicos por delitos que hayan cometido, en particular por hechos de corrupción, el uso ilegal del poder, graves violaciones de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional”.⁴³

A continuación, se ahonda más específicamente en dos categorías de salvaguardias que los Estados deben organizar para asegurar la independencia fiscal: la seguridad en el ejercicio de la profesión, y las garantías que deben estar presentes en las decisiones sobre traslados, y sanciones disciplinarias o destitución.

La seguridad en el ejercicio de la profesión es un componente de la independencia fiscal

Hay una creciente atención a la seguridad en el ejercicio de la profesión de los fiscales en el contexto de la independencia fiscal a nivel internacional y regional. Según la entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, la seguridad en el ejercicio de la profesión refuerza la independencia y la imparcialidad de los fiscales.⁴⁴ Los nombramientos provisionales, en otras palabras, se consideran una posible amenaza para la independencia de los fiscales.

La Comisión de Venecia estableció claramente que “los fiscales deberían tener su nombramiento hasta que se retiren”, ya que “los nombramientos por periodos limitados con la posibilidad de un renombramiento llevan consigo

⁴² Consejo de Europa, Recomendación Rec (2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, arriba, párr. 11.

⁴³ Ibidem, párr. 16.

⁴⁴ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, arriba, párr. 67.

el riesgo de que los fiscales tomen (sus) decisiones, no según la ley, sino con la idea de complacer a aquellos que los renombrarán”.⁴⁵

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) también consideran que la seguridad en el ejercicio de la profesión de los fiscales es tan importante como la de los jueces, lo que les permite a los fiscales sentirse libres e incólumes en sus decisiones para comenzar las investigaciones penales y para someter a los sospechosos a juicio.⁴⁶ Por lo tanto, recomiendan que la situación jurídica de los fiscales se garantice por ley en el más alto nivel posible, de manera análoga a la de los jueces, incluida la consideración de traslado y la culminación de sus funciones.

Por último, el Comité de Ministros del Consejo de Europa puso en relieve los efectos dañinos que pueden tener la contratación o los nombramientos temporarios de los fiscales.⁴⁷ Por lo tanto, el Comité invitó a los Estados Miembros a tomar medidas para “garantizar que los fiscales tengan condiciones razonables de servicio, tales como remuneración, el derecho a percibirla y pensiones acordes con su función fundamental (...) y que estas condiciones se rijan por la ley”.⁴⁸

Las decisiones de traslado, sanciones disciplinarias y la destitución deben tener salvaguardias apropiadas

El aseguramiento de la independencia de los fiscales exige protegerlos de decisiones arbitrarias e ilegales que conlleven al traslado, a sanciones

⁴⁵ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 50. Traducción no oficial del texto en inglés

⁴⁶ Desafíos para la independencia e imparcialidad judicial en los Estados Miembros del Consejo de Europa, arriba, párr. 155. Véase también la “Déclaration de Bordeaux” (Declaración de Burdeos), arriba, párr. 8 y la nota explicativa, párr. 37. Traducción no oficial del texto en inglés

⁴⁷ Consejo de Europa, Recomendación Rec (2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, arriba, página 17.

⁴⁸ Ibidem, párr. 5(d). Traducción no oficial del texto en inglés

disciplinarias y a la destitución. Tales decisiones pueden, en efecto, usarse de manera abusiva para intimidar, amenazar o sancionar a los fiscales debido a la manera en que llevan a cabo sus actividades profesionales. Por esta razón, los traslados, las sanciones disciplinarias y las destituciones deben tener salvaguardias adecuadas. Según las normas internacionales y europeas, estas salvaguardias se dividen en dos categorías: (1) las decisiones basadas en criterios objetivos establecidos en la ley y (2) el respeto al debido proceso.

(1) Los criterios para el traslado, las sanciones disciplinas o la destitución deben ser objetivos y deben estar establecidos en la ley.

La entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, declaró que la destitución de los fiscales debería estar sujeta a requerimientos estrictos que no deberían socavar el desempeño independiente e imparcial del desarrollo de sus actividades.⁴⁹ También expresó su preocupación sobre el hecho de que el uso indebido de traslados puede llevar a interferencias injustificables, como los traslados usados para destituir fiscales de casos sensibles o para sancionarlos por las decisiones que tomaron.⁵⁰ Por lo tanto, el traslado no solo debería basarse en las exigencias del servicio, sino que también debería tener en cuenta las opiniones, aspiraciones y especializaciones de los fiscales, y su situación familiar.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) consideran de manera unánime que las carreras profesionales de los fiscales del Ministerio Público, que incluye la movilidad, los procedimientos disciplinarios y las destituciones, nunca deberían ser el

⁴⁹ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, arriba, párr. 70.

⁵⁰ Ibidem, párr. 68.

resultado de decisiones arbitrarias; deberían estar regidas por la ley, la cual debe definir los criterios objetivos para ello.⁵¹

Una consecuencia práctica de este requerimiento es que las autoridades competentes tienen la obligación de justificar la legalidad de las decisiones que toman con respecto de la carrera profesional de los fiscales, teniendo que establecer y demostrar los motivos subyacentes a la decisión de trasladar, destituir o imponer sanciones disciplinarias.⁵² La protección de la independencia fiscal exige, en efecto, que las autoridades demuestren que sí respetan las salvaguardias para esta protección. De ninguna manera corresponde al fiscal afectado el tener que probar que no cometió un acto que pudiera haber llevado a la decisión en controversia; o tener que probar que un traslado, una sanción o una destitución en disputa fue un acto de retaliación debido a las decisiones que tomó en su capacidad profesional. Tal enfoque eximiría a las autoridades de sus obligaciones y constituiría

⁵¹ Consejo de Europa, Recomendación Rec(2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, arriba, párr. 5(b) y 5(e). “Déclaration de Bordeaux” (Declaración de Burdeos), arriba, párr. 8. Consulte también el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, arriba, párr. 69.

⁵² Véase sobre eso: Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Independencia fiscal y responsabilidad, 15 de marzo de 2011, página 9. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Opinión conjunta provisional de la Comisión de Venecia y la Dirección de Derechos Humanos de la Dirección General de Derechos Humanos y del Estado de Derecho del Consejo de Europa sobre el anteproyecto de ley de la reforma de la Corte Suprema de Justicia y de la procuraduría, 14 de octubre de 2019, párr. 69. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, Opinión provisional sobre el anteproyecto de ley de la reforma de la Corte Suprema de Justicia y de la procuraduría de la República de Moldova (desde septiembre de 2019), 16 de octubre de 2019, párr. 89. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, 5 de diciembre de 2013, párr. 234.

un cambio inaceptable de la carga probatoria en violación de las normas que protegen la independencia fiscal.

(2) Las garantías de un juicio imparcial rigen para las decisiones de traslado, sanciones disciplinarias y destitución de los fiscales.

Las garantías al derecho a un juicio imparcial han sido ampliamente reconocidas por los órganos internacionales y europeos como aplicables a las decisiones que afecten la carrera profesional de los fiscales, para proteger su independencia. Estas garantías incluyen el derecho a acceder a un tribunal, el derecho a una audiencia imparcial, el derecho a procedimientos contenciosos y a la igualdad de medios procesales:

i. Las garantías al derecho a un juicio imparcial incluyen el acceso a un tribunal, a una audiencia imparcial, a procedimientos contenciosos y a la igualdad de medios procesales

El derecho al acceso a un tribunal incluye el derecho de instituir procedimientos ante un tribunal.⁵³ Un tribunal se caracteriza, en el sentido amplio del término, por su función judicial, es decir, dirime los conflictos dentro del marco de su competencia, basado en el respeto del estado de derecho y luego de efectuar procedimientos en la forma prescrita.⁵⁴ El tribunal debe tener jurisdicción para examinar todas las cuestiones de hecho y derecho pertinentes a la controversia que está ante éste.⁵⁵ Por último, el poder de decisión es inherente al concepto de tribunal: una institución que solo puede emitir opiniones consultivas sin unir fuerzas, incluso si se siguen aquellas opiniones en la mayoría de los casos, no cumple con los requisitos de un tribunal

⁵³ Golder vs. el Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 21 de febrero de 1975, Demanda n.º 4451/70, párr. 36 Naït-Liman vs. Suiza, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), (Gran Sala), 15 de marzo de 2018, Demanda n.º 51357/07, párr. 113.

⁵⁴ Belilos vs. Suiza, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 29 de abril de 1988, Demanda n.º. 10328/83, párr. 64.

⁵⁵ Ramos Nunes de Carvalho e Sá vs. Portugal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), (Gran Sala), 6 de noviembre de 2018, Demanda n.º 55391/13, 57728/13 y 74041/13, párr. 176 a 177.

según la Convención.⁵⁶ El derecho a una audiencia imparcial ante un tribunal exige concederles a las partes del procedimiento el derecho a presentar observaciones que consideren pertinentes al caso; estas observaciones deben ser adecuadamente consideradas por el tribunal.⁵⁷

El derecho a procedimientos contenciosos constituye otro componente esencial a una audiencia imparcial. Esto incluye (1) el derecho de “tener conocimiento de, y opinar sobre, todas las pruebas proporcionadas o las observaciones presentadas”;⁵⁸ (2) el derecho a tener tiempo suficiente para familiarizarse con las pruebas antes de presentarse ante el tribunal;⁵⁹ y (3) el derecho de producir pruebas.⁶⁰

Por último, un juicio imparcial exige el respeto a la igualdad de medios procesales. Esto significa que cada parte recibirá una oportunidad razonable para presentar su caso, incluyendo las pruebas, en condiciones que no la ubiquen en una “desventaja sustancial” respecto de la otra parte.⁶¹

⁵⁶ *Bentham vs. Países Bajos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 23 de octubre de 1985, Demanda n.º 8848/80, párr. 40.

⁵⁷ *Donadze vs. Georgia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 7 de marzo de 2006, Demanda n.º 74644/01, párr. 35.

⁵⁸ *Vermeulen vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Gran Sala), 20 de febrero de 1996, Demanda n.º 19075/91, párr. 33. Traducción no oficial del texto en inglés

⁵⁹ *Křemář y otros vs. República Checa*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 3 de marzo de 2000, Demanda n.º 35376/97, párr. 42.

⁶⁰ *Clinique des Acacias y otros vs. Francia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 13 de octubre de 2005, Demanda n.º 65399/01, 65406/01, 65405/01, y 65407/01, párr. 37.

⁶¹ *Regner vs. República Checa*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Gran Sala), 19 de septiembre de 2017, Demanda n.º 35289/11, párr. 146; *Dombo Beheer B.V. vs. Países Bajos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 27 de octubre de 1993, Demanda n.º 14448/88, párr. 33.

ii. *Las garantías de un juicio imparcial rigen para las decisiones de traslado, sanciones disciplinarias y destitución de los fiscales.*

Las garantías a un juicio imparcial son ampliamente reconocidas por las normas internacionales y europeas como protección a la independencia de los fiscales y, por lo tanto, como aplicables a las decisiones que afecten su carrera profesional.⁶² Los fiscales sujetos a traslados, sanciones disciplinarias y destituciones deben ser escuchados en procedimientos contenciosos y se les debería proveer recursos efectivos regidos por ley que les permitan objetar decisiones a través de un proceso imparcial e independiente.

La entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, en su informe de 2012 dejó en claro que la protección de la independencia fiscal exige que las destituciones de los fiscales y los procedimientos disciplinarios estén sujetos a un marco estricto de normas, y que los fiscales tengan, en todo caso, el derecho de objetar, incluso ante un tribunal, todas las decisiones sobre sus carreras profesionales.⁶³ Las Directrices sobre la Función de los Fiscales de las Naciones Unidas también establecen que los fiscales deberían beneficiarse del derecho a una audiencia imparcial en los procedimientos disciplinarios y deberían poder someter las decisiones tomadas en este contexto a una revisión independiente.⁶⁴ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) añade que los fiscales sujetos a audiencias disciplinarias “deberían estar en conocimiento de las denuncias de conductas indebidas en su contra, y esto debería comunicarse a los fiscales de manera clara y efectiva”.⁶⁵

⁶² Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, arriba, párr. 58 y 70.

⁶³ *Ibidem*, párr. 70.

⁶⁴ Naciones Unidas, Directrices sobre la Función de los Fiscales, arriba, párr. 21.

⁶⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), “The status and role of prosecutors” (La situación y la función de los fiscales), 2014, página 34. Traducción no oficial del texto en inglés

Normas equivalentes a las anteriormente nombradas has sido avaladas por El Consejo de Europa. El Comité de Ministros del Consejo de Europa insta a los Estados Miembros a proveer a los fiscales el acceso a un procedimiento de presentación de reclamaciones satisfactorias, incluido el acceso a un tribunal, si su situación jurídica se ve afectada. Se deberían beneficiar también de la garantía a una evaluación imparcial y objetiva de los procedimientos disciplinarios con la posibilidad de presentar cualquier decisión a una revisión independiente e imparcial.⁶⁶ La Comisión de Venecia añadió que, en los casos de traslado, sanciones disciplinarias y destitución obligatorias; el fiscal en cuestión debería tener el derecho a que lo escuchen en un procedimiento contencioso y a apelar la decisión ante un tribunal.⁶⁷ Como se demostrará en la sección siguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha determinado recientemente que el derecho a un juicio imparcial garantizado por el artículo 6.1 de la Convención Europea rige bajo el título civil, en la destitución de los fiscales para así proteger su independencia.⁶⁸

⁶⁶ Consejo de Europa, Recomendación Rec(2000)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, arriba, párr. 5e.

⁶⁷ Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe de las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial. Parte II: El Ministerio Público, arriba, párr. 52. Véase también la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Compilación de opiniones y reportes de la Comisión de Venecia relativos a los fiscales*, 2015, página 33.

⁶⁸ Kövesi vs. Rumania, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 5 de mayo de 2020, Demanda n.º 3594/19, párr. 124.

Conclusión

En conclusión, actualmente la independencia de los fiscales se considera a nivel internacional como el elemento clave de la independencia del poder judicial y del estado de derecho. La protección de esta independencia exige que los Estados garanticen la estabilidad de los fiscales a través de la seguridad en el ejercicio de la profesión, adoptar un marco legal que defina los criterios en los traslados, los procedimientos disciplinarios y las destituciones; y garantizar el acceso al debido proceso a los fiscales sujetos a decisiones que afecten su carrera profesional.

1.3.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) defiende el principio de la independencia fiscal y la aplicación de las garantías de un juicio imparcial en las destituciones de fiscales.

Como se mencionó anteriormente, el 5 de mayo de 2020 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció un importante precedente al afirmar el principio de la aplicación del derecho a un juicio imparcial, en el proceso de destitución de fiscales, como una manera de proteger su independencia y la independencia del poder judicial.⁶⁹

La demandante, Laura-Codruța Kövesi, fue destituida, por el Ministerio de Justicia, de manera prematura de su mandato de tres años como fiscal anticorrupción de Rumania. La demandante reclamó que se le había negado el acceso a un tribunal para objetar la terminación prematura de su mandato y que había sido destituida como resultado de las opiniones que ella había expresado públicamente, en su capacidad profesional, respecto a las reformas legislativas que afectaban al poder judicial.

Se pueden extraer tres aprendizajes del fallo del Tribunal Europeo. Primero, el Tribunal consagró el principio de la independencia de los fiscales como

⁶⁹ Kövesi vs. Rumania, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), 5 de mayo de 2020, Demanda n.º 3594/19.

elemento fundamental para el mantenimiento de la independencia judicial.⁷⁰ Por lo tanto, el Tribunal determinó que cuando se evalúan los motivos de la destitución de un fiscal se debe tener particular atención de debe prestar a la naturaleza de la función judicial como una rama independiente del poder del Estado, y su principio de independencia.⁷¹

Segundo, el Tribunal determinó que las garantías de un juicio imparcial rigen para las destituciones y los despidos de los fiscales. El derecho a un juicio imparcial se consagra en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y rige para las controversias sobre “los derechos y las obligaciones civiles” y para los procedimientos penales. Los términos de la Convención tienen un significado autónomo y el Tribunal no los puede interpretar solamente en referencia al derecho interno del Estado. En el pasado, el Tribunal Europeo ya había declarado que las controversias respecto del empleo de los funcionarios públicos, incluidas las destituciones, constituyen controversias sobre derechos y obligaciones civiles que están comprendidas, en principio, dentro del alcance del artículo 6.1 de la Convención.⁷² El Tribunal añadió que sólo se puede excluir a los funcionarios públicos del beneficio de la protección del derecho a un juicio imparcial si el Estado demuestra el cumplimiento de dos condiciones. En primer lugar, el Estado debe haber excluido expresamente, por ley, el acceso a un tribunal para ese puesto o la categoría del cargo en cuestión. Y, en segundo lugar, la exclusión se debe justificar en motivos objetivos de interés del Estado. Al aplicar esta jurisprudencia a la situación de destitución de un fiscal, el Tribunal Europeo dijo en su decisión el 5 de mayo de 2020 que “la ausencia de cualquier control judicial a la legalidad de (dicha) decisión de destitución no puede ser considerada acorde al interés del Estado” ya que “los miembros del poder judicial, incluidos los fiscales, deberían gozar, como todo

⁷⁰ Ibidem, párr. 208. Véanse también los párrafos 80 al 93 en los que el Tribunal se refiere al crecimiento de normas internacionales y europeas que promocionan la independencia de los fiscales.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Vilho Eskelinen y otros vs. Finlandia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), (Gran Sala), 19 de abril de 2007, Demanda n.º 63235/00, párr. 62.

ciudadano, de la protección contra la arbitrariedad del poder ejecutivo”.⁷³ Según el Tribunal, solo mediante el control de la legalidad de la decisión de destitución, a cargo de un órgano judicial independiente puede hacer que esta protección sea efectiva.⁷⁴ El Tribunal concluye, por lo tanto, que una controversia sobre la destitución de un fiscal constituye una controversia sobre derechos civiles según el artículo 6.1 de la Convención y que los fiscales despedidos o destituidos deben gozar del derecho a un juicio imparcial.

Por último, el Tribunal Europeo estableció claramente que la ausencia de un recurso judicial para objetar la decisión de destitución de un fiscal es irreconciliable con la esencia del derecho a acceder a un tribunal.⁷⁵ Para cumplir con los requisitos del derecho a un juicio imparcial, dicho recurso debe incluir un minucioso examen al cumplimiento de las condiciones legales de su validez, la relevancia de los hechos alegados sobre los cuales se basa la destitución, y la idoneidad de las razones subyacentes a la destitución.

2. Segunda Discusión Previa: La normativa y jurisprudencia del Estado de Colombia podían y debían proteger los derechos de la víctima.

Concordante con los peritajes, es pertinente ilustrar la normativa colombiana y práctica judicial para dejar de manifiesta la injusticia que se cometió en el caso de la víctima.

De esta forma, la Fiscalía General de la Nación, constituida bajo la Constitución Colombiana de 1991⁷⁶, compone la rama judicial y posee autonomía administrativa y presupuestal. En los términos del artículo 251, el Fiscal General de la Nación es competente para nombrar y sacar, en conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia. Sin embargo,

⁷³ Kövesi vs. Romania, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), arriba, párr. 124.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem, párr. 154 a 156.

⁷⁶ Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

al asignar y desplazar libremente a sus servidores, el Fiscal General de la Nación, debe hacerlo sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados.

Existe en el ordenamiento interno colombiano dos limitadores de la remoción: (i) la ley y (ii) el resguardo de la autonomía.

El Decreto Ley 2699 de 1991⁷⁷ consagró el régimen de carrera para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación (art. 65 y siguientes). El artículo 73 de este Decreto Ley autorizó la vinculación excepcional mediante provisionalidad y el artículo 100-5 el retiro por “insubsistencia discrecional, en los cargos de libre nombramiento y remoción”.

El Estatuto de la Administración de Justicia (ley 270/1996)⁷⁸ prevé que la cesación definitiva de las funciones puede ocurrir, en otras hipótesis, mediante la revocatoria del nombramiento (art. 143). No obstante, más adelante este cuerpo normativo determina que “la exclusión de la Carrera Judicial de los funcionarios y empleados se produce por las causales genéricas de retiro del servicio y la evaluación de servicios no satisfactoria” (art. 173). Además, dispone que “el retiro de la Carrera Judicial lleva consigo el retiro del servicio y se efectuará mediante acto motivado, susceptible de los recursos de la vía gubernativa”.

A pesar de la previsión legal que determinó que el retiro de la Carrera Judicial tuviera que ser realizado mediante acto motivado, el Estado de Colombia afirma que la revocatoria del nombramiento de servidores en provisionalidad podría ocurrir sin un acto motivado.

Sin perjuicio de que este es un debate de fondo conviene dejarlo presente en esta etapa, ya que mientras la normativa interamericana exige la motivación de los actos (en virtud del artículo 8 convencional), también lo exige la

⁷⁷ Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/decreto2699-91.pdf>

⁷⁸ Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

normativa doméstica colombiana, no cumpliéndose en el caso subjuice, en virtud de ambas normas.

La Corte Constitucional Colombiana ha decidido en la misma línea que el párrafo anterior, y reiterando que esto no son los argumentos jurídicos que son pertinentes en esta instancia internacional, son hechos relevantes de contexto, y es que la misma Corte Constitucional exige fundamentación en los actos de remoción.

En la Sentencia C-279 de 2007⁷⁹, en la cual, la Corte Constitucional declaró que: “en el entendido de que, en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, **el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas**, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”. En concreto:

“En múltiples oportunidades (entre otras, las sentencias T-1206 de 2004, T-031 de 2005, T-161 de 2005, T-222 de 2005, T-267 de 2005, T-392 de 2005, T-648 de 2005, T-660 de 2005, T-804 de 2005, T-1159 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1323 de 2005, T-081 de 2006, T-156 de 2006, T-653 de 2006), la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los **actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación**, sustentado en la discrecionalidad del nominador. **En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna**

(...)

Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha

⁷⁹ Sentencia Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-279-07.htm>

entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, **el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad** no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, **pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción** (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, **la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia**". (Énfasis agregado)

A lo largo de los años, la Corte Constitucional empezó a tomar decisiones en ese mismo sentido concluyendo que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia. Por esa razón, la Corte empezó a exigir que el acto administrativo por medio del cual se efectúe la desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad sea motivado. O sea, el acto debe contener las razones de la decisión de desvinculación. Cosa que en este caso no han existido siendo materia de fondo.

Las decisiones de la Corte Constitucional son correctas, y se alinean a la jurisprudencia de esta Honorable Corte Interamericana y de la Honorable Comisión.

A mayor abundamiento, en la sentencia SU-917 de 2010⁸⁰ de la Corte Constitucional, decidiendo casos idénticos al caso en cuestión, es decir, **fiscales delegados nombrados en provisionalidad y que tuvieron sus nombramientos declarados insubsistentes en actos**

⁸⁰ Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

imprecisos o carentes de fundamentación, la Corte Constitucional señaló:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, **sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.**

(...)

Concluyó que: “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad

laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. (Negrilla fuera de texto)

Este razonamiento claro e inequívoco de la Corte Constitucional de Colombia fue positivizado por la ley colombiana en 2015, mediante el Decreto 1083/2015 que regula los servidores en provisionalidad y prevé, en su artículo. 2.2.5.3.4 que “antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”. Con esto, el concepto creado en jurisprudencia de que los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa encontró espacio también en el ordenamiento positivo colombiano.

Si este caso hubiese acontecido años después, o **si hubiese sido elegido por la Corte Constitucional para revisión**, la víctima Yenina Martínez Esquivia hubiese podido proseguir su carrera judicial.

Resulta particularmente injusto este último punto, ya que la Corte Constitucional, basada en las mismas leyes de la época, aplicables a la víctima, en otros casos concluyó que otros Fiscales Delegados que tuvieron sus nombramientos declarados insubsistentes, en situación idéntica a de la peticionaria, fueron reincorporados.

No deja de ser pertinente señalar acá que las excepciones preliminares del Estado quieren evitar discutir y evidenciar que la jurisprudencia vigente de la misma Corte Constitucional de Colombia da la razón en el fondo a la víctima del presente caso, y que procesalmente no pudo acceder a esa instancia Constitucional porque su caso no fue “elegido”, a diferencia de otros fiscales que, si se encontraban en su misma situación, y que si pudieron obtener reparación adecuada en sede doméstica.

Se debe reiterar que la Corte Constitucional, como órgano del Estado Colombiano, ha protegido a través de acciones de tutela, a funcionarios públicos provisorios que fueron desvinculados por decisiones infundadas.

Pero no protegió, por ser esta una revisión extraordinaria, a la víctima Yanina Martínez Esquivia.

Por ejemplo, en la Sentencia SU.917/10⁸¹ de la Corte Constitucional, se otorgó revisión a dos grandes grupos de víctimas en dos acciones judiciales: Acción de nulidad y restablecimiento de derecho (acción administrativa) y acción de tutela (acción constitucional). La Corte Constitucional Colombiana lo explica así:

El primer grupo de demandantes (20 en total) interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa, donde sus pretensiones fueron negadas con el argumento de que los actos de insubsistencia de empleos de carrera en provisionalidad no requieren motivación alguna. Ejercen la tutela contra las sentencias judiciales que desestimaron sus reclamaciones, invocando la protección de sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad.

El segundo grupo de demandantes (4 en total) acude a la tutela directamente contra las entidades de las que fueron desvinculados sin motivación alguna. Solicitan su reintegro, ya sea en forma definitiva o mientras la jurisdicción contencioso-administrativa resuelve la controversia sobre la validez de los actos de retiro.

Si la víctima Yenina Martínez Esquivia hubiese estado en el segundo grupo, la Corte Constitucional en conformidad con lo que en derecho corresponde, habría tutelado su derecho.

Es importante reproducir, a modo ejemplificador, la argumentación procesal de la Corte Constitucional cuando concede la restitución del empleo en un cargo desvinculado infundadamente, tal como de la víctima.

La Corte Constitucional sobre la señora Isabel Linero Gómez, en el caso SU917-10 ya citado sostuvo:

⁸¹ Sentencia SU-917 de 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

Situación de la Señora Isabel Linero decidido por la Corte Constitucional en el Caso SU917-10.

La señora Isabel Linero Gómez interpuso acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, al estimar lesionados sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, a la protección a la madre cabeza de familia, al mínimo vital en conexidad con la seguridad social y a los derechos de los niños, por haber sido declarada insubsistente sin ninguna motivación del cargo de carrera administrativa de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera, mediante la Resolución No.033 del 31 de marzo de 2008 proferida por la Contralora Distrital de Santa Marta, para el cual fue nombrada en provisionalidad el 11 de septiembre de 2006 habiendo ingresado a la entidad el 15 de marzo de 2001.

No obstante que según la certificación suscrita por la Juez Séptima Administrativa de Santa Marta la accionante presentó oportunamente acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Contraloría Distrital de Santa Marta (folio 184), para obtener el reintegro a la entidad que la declaró insubsistente, solicita en la presente acción la protección como mecanismo transitorio, con el fin de que se restablezcan sus derechos fundamentales y se ordene su reintegro en el cargo que desempeñaba sin solución de continuidad, el pago de los salarios, prestaciones sociales y de los aportes en salud y pensiones dejados de realizar desde el momento en que fue retirada.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala encuentra que en este caso es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de sus derechos fundamentales. En este sentido, el hecho de haber activado la jurisdicción de lo contencioso administrativo no excluye ni es incompatible con la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela.

Determinada la procedencia de la tutela en el presente caso, la Sala entra a verificar si la entidad accionada vulneró el derecho fundamental de la accionante al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, al haberla declarado insubsistente del cargo que venía desempeñando en la Contraloría Distrital de Santa Marta, sin mediar una

explicación de las razones que llevaron a la entidad a tomar tal determinación.

Atendiendo las pruebas obrantes en el proceso y según la jurisprudencia trazada por esta Corporación, es evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Isabel Linero Gómez por parte de la entidad accionada, en razón a la falta de motivación del acto que la declaró insubsistente, toda vez que, como quedó suficientemente explicado en las consideraciones de la presente providencia, le asiste el derecho de saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión: (i) como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático y el principio de publicidad; (ii) el deber general de motivar los actos administrativos; (iii) la posibilidad que le asiste a los administrados de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejercen un cargo en provisionalidad; (iv) el derecho que le asiste a quienes ocupan un cargo de carrera en provisionalidad de motivar el acto de insubsistencia, como garantía mínima del derecho fundamental al debido proceso y del control de la arbitrariedad de la administración, a diferencia de quienes ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción para los cuales tiene cabida la excepción de la motivación del acto de retiro.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo de segunda instancia que negó la tutela promovida por la accionante contra la Contraloría Distrital de Santa Marta, y en su lugar concederá como mecanismo definitivo la tutela de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual declarará la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y a título de restablecimiento del derecho se ordenará su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro. (Énfasis Agregado)

¿Cuál es la diferencia sustancial de la situación de la señora Isabel Linero con la víctima? Ninguna, ya que la situación es exactamente la misma. La

diferencia radica en que la señora Isabel Linero, a través de una tutela (jurisdicción constitucional) logró reparación doméstica, y la víctima acá no.

Por estas consideraciones, la tutela abstractamente era efectiva, lo fue para la señora Isabel Linero, pero no para la víctima. En el sentido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que un recurso es efectivo "si las decisiones tomadas (...) han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención".⁸².

La tutela era abstractamente idónea, aunque no lo fuera para la víctima, si lo fue para las víctimas del caso SU917-10 de la Corte Constitucional. El concepto de idoneidad en el sentido de la H. Corte ha sido aclarado desde el inicio de los casos contenciosos, establecido en el caso Velásquez Rodríguez⁸³ donde se sostiene que:

Que (los recursos) sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es la de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida.

⁸² Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, Párr. 128.

⁸³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párr. 64.

En su jurisprudencia posterior, la Corte ha resaltado la importancia de la idoneidad, reiterando que "los recursos que deben ser agotados son aquellos que resultan adecuados en la situación particular de la violación de derechos humanos alegada".⁸⁴

Este requisito de idoneidad se vincula con el fundamento mismo de la existencia de la regla de agotamiento de recursos internos, si consideramos que "(e)l fundamento de esta regla es proporcionar al Estado la oportunidad de reparar, por sus propios medios, la situación jurídica infringida; por consiguiente, los recursos internos deben ser de tal naturaleza que suministren medios eficaces y suficientes para alcanzar ese resultado".⁸⁵

Por lo tanto, la tutela, ejemplificada en el caso SU917-10, era un procedimiento efectivo e idóneo, siendo agotado y habilitando a la vía internacional. Esta parte reafirma que domésticamente, hizo todo lo posible para solucionar este conflicto en las fronteras del Estado colombiano.

3. Respuestas a los interrogantes jurídicos y la violación concreta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tomando en cuenta las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo, y tal como se señaló por esta representación existen dos interrogantes jurídicos que esta H. Corte debe responder en la parte de fondo de este caso:

¿Fue conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la declaración de insubsistencia de la víctima Yenina Martínez Esquivia?

¿Se proveyó acceso a la víctima Yenina Martínez Esquivia, de todos los recursos judiciales efectivos para cautelar sus derechos violados exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

A continuación, se abordarán los interrogantes.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. Párr. 38.

⁸⁵ FAUNDEZ LEDESMA. Op. Cit.p.303.

3.1. ¿Fue conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la declaración de insubsistencia de la víctima Yenina Martínez Esquivia?

La respuesta es directa: la declaración de insubsistencia de Yenina Martínez Esquivia no fue conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos violando el artículo 23 en relación con el 1.1 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ya que no siguió ningún procedimiento, no se amparó en alguna razón lícita exteriorizada y además infringió las garantías de funcionamiento que se esperan de un fiscal en un Estado de Derecho como Colombia.

De acuerdo al artículo 23 convencional análogo al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Derechos Políticos en la CADH, o el Derecho a Participar del Gobierno (Right to Participate in Government en la versión inglesa de la CADH), implican tres grandes prerrogativas para los ciudadanos: la de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (Art. 23.1.a CADH); el derecho a votar o ser elegido por medio de elecciones auténticas (Art. 23.1.b CADH) y; la posibilidad de acceder al empleo público en condiciones de igualdad (Art. 23.1.c CADH).

En cuanto al tercer derecho, pertinente para el caso, el acceso al empleo público en condiciones generales de igualdad se refiere al:

(A)cceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas”⁸⁶. El acceso al empleo público puede ser tanto por nombramiento o designación, o por elección popular⁸⁷.

⁸⁶ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 200.

⁸⁷ Ver. Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 200.

El acceso al empleo público está sujeto a condiciones de igualdad en su ingreso, pero, además, debe existir un adecuado uso del poder público en los ascensos, promociones y remociones. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha establecido que:

Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos⁸⁸

Al ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos un todo sistemático, resulta lógico concluir que solamente la sanción o destitución tramitada de acuerdo con un debido proceso de ley del artículo 8 y a las demás disposiciones de la CADH puede ser tolerada.

A contrario sensu, si la remoción de un funcionario público no se realizó bajo las máximas del artículo 8 CADH u otra norma convención, la remoción es ilícita como el caso *subjudice*.

Además, de la misma forma que los y las magistradas tienen garantías reforzadas, los fiscales tienen un empleo público reforzado para asegurar otros derechos de la CADH, como la presunción de inocencia. La función y estabilidad de los y las fiscales forma parte de lo que se entiende por Estado de Derecho, no pudiendo concebirse cargos de fiscales precarios e inestables en un Estado respetuoso de los Derechos Humanos.

Por las consideraciones de los hechos y el derecho, la remoción de la víctima, violó sus derechos políticos, al verse privada del empleo público con infracción de la normativa y sin cumplir con los requisitos de razonabilidad para el cese de tan importante cargo:

La insubsistencia fue ilícita porque no hubo ningún proceso reglado o se cumplieron las condiciones objetivas para que Yenina Martínez Esquivia cesara su cargo provisional, ya que no hubo concurso público decidido

⁸⁸ CDH. Observación General N° 25. Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 1996. Párr. 23. Además, Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 138.

para proveer el cargo en titularidad o no hubo una mala calificación. Esto vulnera el artículo 8 CADH. Dos situaciones refuerzan la conclusión: (1) Si el cargo de Yenina Martínez Esquivia debía ser proveído por un titular ¿Por qué se hizo el concurso 3 años después? y (2) Si se necesitaba el cargo de Yenina Martínez Esquivia en Cartagena ¿Por qué se le desvinculó si fue transferida a otra jurisdicción?

La insubsistencia fue ilícita porque al carecer de supuestos objetivos para su procedencia, fue materialmente sancionatoria de la víctima Yenina Martínez Esquivia, por lo que debía ceñirse a lo prescrito en el artículo 8 incluyendo el deber de motivar las decisiones. Tal como lo ha señalado la H. Corte Interamericana en casos como Baena Ricardo⁸⁹, las decisiones que afecten derechos deben estar regidas por el artículo 8, por lo tanto, deben estar justificadas.

La insubsistencia fue ilícita porque los fiscales penales, como parte del sistema de justicia, tienen garantías reforzadas contra la libre remoción ya que aquello afecta la presunción de inocencia de los justiciables, por lo que en virtud del mismo artículo 8 CADH, a los fiscales se les incorporan protecciones en su goce del artículo 23 CADH para desempeñar su cargo.

Por estas consideraciones el acto de la insubsistencia es un acto de Estado que infringen la obligación de respeto en relación con el derecho al empleo público de la víctima Yenina Martinez Esquivia.

⁸⁹ “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso” Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Párr. 126.

3.2. ¿Se proveyó acceso a la víctima Yenina Martínez Esquivia, de todos los recursos judiciales efectivos para cautelar sus derechos violados exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Del análisis de los hechos del caso es evidente que el Estado no brindó los recursos judiciales efectivos a la víctima para remediar la violación a sus derechos políticos.

Sobre el recurso judicial efectivo (Violación al artículo 25 CADH)

Está probado que el Estado colombiano sometió Yenina Martínez Esquivia a una cantidad de procedimientos judiciales contradictorios, ineficaces y carentes de garantías. Incluso la acción de tutela en otro caso diferente, en el de Isabel Linero (*supra* Sección V.2) si obtuvo remedio ante una idéntica insubsistencia ilícita.

La víctima, ante la violación a sus derechos por el acto de insubsistencia del Estado de Colombia, acudió al Poder Judicial para salvaguardar los derechos inherentes a su cargo, como la independencia de la función y su inmovilidad, pero la víctima no obtuvo pleno acceso a la justicia, incurriendo el Estado colombiano en violación de los artículos 8 y 25 CADH. En específico la víctima propuso varias medidas jurídicas para garantizar la eficacia de sus derechos, pero en ninguno de ellos se le garantizó el análisis efectivo de sus alegaciones con un fondo de provisiones.

En todos los procedimientos judiciales y recursos interpuestos por la víctima, sea en el ámbito civil, administrativo o laboral, su caso fue ignorado por diferentes razones procesales: sea por indeterminaciones jurisdiccionales internas, supuesto incumplimiento de plazos legales claramente insuficientes, o alegaciones de litigios entre órganos internos.

En ninguno de esos casos el Estado colombiano proporcionó a la víctima una solución jurídica efectiva en relación con la materialidad de la violación sufrida. Todos los procedimientos jurídicos presentados eran inadmisibles bajo argumentos puramente formales, vulnerando el artículo 25 CADH que obliga al Estado a garantizar las posibilidades del recurso judicial.

Sobre la duración del proceso en fuero sindical (Violación al Artículo 8 CADH)

Por su parte, el debido proceso es una garantía de cualquier individuo y está previsto en los principales documentos internacionales de derechos humanos. Esto se debe a que la garantía del debido proceso es un pilar indispensable del Estado Democrático de Derecho. Por lo tanto, el debido proceso puede considerarse como una garantía de obtener justicia mediante una disposición judicial y, por lo tanto, abarca otros derechos inherentes al procedimiento, como la defensa amplia, el contradictorio, la duración razonable del proceso.

Sobre este plazo prudencial del asunto, se recuerda que la víctima recurrió contra la resolución que denegó su acción sindical en el 13 de diciembre de 2006, sin embargo, solamente en el 22 de diciembre de 2010 el Tribunal Superior de Cartagena juzgó dicho recurso. Durante cuatro años la víctima esperó la simple decisión de estar protegida o no por el derecho a la libertad sindical.

La H. Corte Interamericana considera que la disposición del artículo 8, sobre la duración razonable del caso debe considerar la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la situación de la víctima.

El asunto llevado a la jurisdicción por la víctima no implicaba ninguna complejidad, ya que sólo hablaba de su protección debido a su libertad sindical. Del mismo modo, la víctima cumplió con todas sus responsabilidades, ya que llevó el caso al tribunal dentro del período especificado.

La mera existencia de jurisdicción disponible, no garantiza una amplia defensa, ya que dicha jurisdicción debe ser capaz de garantizar que la reclamación se revise adecuadamente y, en consecuencia, se respete el derecho al debido proceso legal.

Se debe reiterar que el plazo razonable del caso es esencial para evidenciar una denegación de justicia, durante cuatro años la víctima esperó la simple

decisión de estar protegida o no por el derecho a la libertad de asociación. Sumado a los otros procesos.

El argumento de que había un gran número de asuntos para consideración de la Corte debe ser desestimado desde el principio, ya que es parte de la función del Estado crear mecanismos internos que permitan el enjuiciamiento oportuno de los asuntos que son judicializados.

Por lo tanto, y reiterando lo sostenido por la Comisión en su Informe de Fondo, es evidente que Colombia violó el derecho de la víctima en los artículos 8 y 25 CADH por las razones indicadas, incumpliendo su obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 del mismo cuerpo interamericano.

VI. Reparaciones y Peticiones

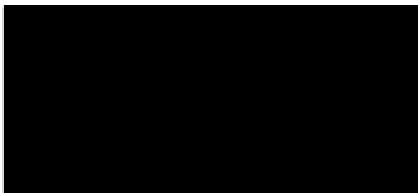
Por la evidente vulneración de las obligaciones internacionales del Estado con respecto a los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de tomar en cuenta el principio de que la “reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado” y, por lo tanto, “Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.”

Solicitamos:

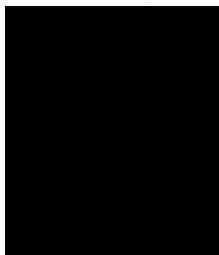
1. Se rechacen las excepciones preliminares formuladas por el Estado, por los argumentos esgrimidos en este escrito y en aquél ingresado en la oportunidad procesal correspondiente.
2. Se declare la violación a los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la víctima, como una forma de reparación *per se*.
3. Se ordene la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional, así como también, en los sitios web de los organismos del Estado pertinentes, especialmente en el sitio de la Fiscalía, por el tiempo de 1 año.
4. Se realice un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional, con participación de todos los altos cargos del Estado, especialmente el titular de la Fiscalía General. Las modalidades del acto deberán ser concordados con la víctima.
5. Se paguen, como parte del daño material, todos los aportes a la pensión de la víctima por el tiempo que ha estado fuera de su cargo y le corresponden. Cabe señalar que el próximo 4 de noviembre de 2020 se cumplirán 16 años desde la cesación del cargo, sin recibir los aportes que le correspondían como fiscal.

6. Se paguen, como parte del daño material, todos los otros aportes en salud y otras prestaciones sociales que la víctima dejó recibir por su remoción ilícita.
7. Se paguen, como parte del daño material, los salarios que se dejaron de percibir por la remoción ilícita hasta la fecha de dictación de la presente sentencia.
8. Que se indemnicen, por concepto de daño inmaterial, el sufrimiento por la remoción ilícita, que se vio a maximizada por la condición de jefa de hogar y único sustento de hogar. En específico, se solicita como daño inmaterial la suma de \$15.000 dólares norteamericanos, o el equivalente en moneda nacional, a elección de la víctima.
9. Que se condene en costas al Estado, con un monto fijado por la H. Corte en equidad.
10. Cualquier otra medida de reparación y garantías de no repetición, tal como capacitación para los altos cargos del Estado o los ajustes normativos que considere pertinente.

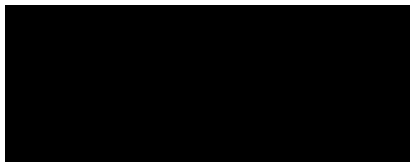
Sin otro particular,



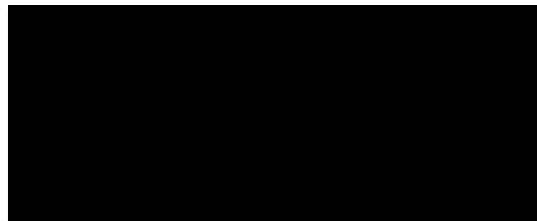
Ciro Colombara López



Firmado
digitalmente por
BRANISLAV
MARELIC ROKOV
Fecha: 2020.09.24
15:32:59 -03'00'



Juliana Vengoechea Barrios



Maté De Rue