

Sentencia C- 881/11

FISCAL Y JUEZ EN EL PROCESO PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Diferencia de roles institucionales

PROCESO PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA-Rechazo de la solicitud de preclusión

PRECLUSION EN EL MARCO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Jurisprudencia constitucional

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO-Jurisprudencia constitucional

IMPEDIMENTOS EN LA LEY PROCESAL PENAL-Regulación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Certeza en cargos

Los cargos gozarán de certeza en dos aspectos diferentes: i) en primer lugar, siempre y cuando las acusaciones se realicen respecto de una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, y ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; ii) en segundo lugar, cuando ellos no constituyan inferencias o consecuencias subjetivas derivadas por el actor respecto de las disposiciones demandadas, al extraer de éstas efectos o implicaciones jurídicas que las normas no contemplen objetivamente dentro de su ámbito normativo. En este sentido, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del “texto normativo”. Así las cosas, los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias del demandante respecto de la norma demandada no podrán constituir un cargo cierto.

PRECLUSION EN EL MARCO DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO-Contenido y alcance

DECISION DE PRECLUSION EN PROCESO PENAL-Causales en que se fundamenta

PRECLUSION DE LA INVESTIGACION-Permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO JUDICIAL-Impedimentos y recusaciones en el sistema jurídico nacional/ATRIBUTOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO JUDICIAL-Orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia

La jurisprudencia de esta corporación ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano.

La jurisprudencia colombiana ha destacado el carácter excepcional de los impedimentos y las recusaciones y por ende el carácter taxativo de las causales en que se originan, lo cual exige una interpretación restrictiva de las mismas: "Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida.

IMPARCIALIDAD COMO ATRIBUTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Jurisprudencia interamericana

IMPEDIMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL-Contenido y alcance normativo

El segmento normativo acusado contenido en el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 establece que "El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio". A fin de precisar el alcance normativo de este precepto se hace necesario interpretarlo, en el contexto general de los principios y fines que orientan la preclusión en el sistema penal de tendencia acusatoria, la naturaleza de la función que cumple la Fiscalía General de la Nación dentro de esta estructura, y los principios que orientan el régimen de impedimentos previstos en la ley procedimental para los funcionarios judiciales.

SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Papel del Fiscal

ACTUACION DEL FISCAL EN EL PROCESO PENAL-No está precedida de las mismas exigencias de neutralidad, imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez

SOLICITUD DE PRECLUSION EN EL SISTEMA PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA-Su trámite debe estar rodeado de las mayores garantías

Resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías". El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión".

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-No establece como causal de impedimento para el fiscal el haber solicitado una preclusión rechazada por el

juez/FISCAL-Percepción sobre la configuración de una causal de preclusión, no compartida por el juez, no lo inhabilita para continuar impulsando la investigación con miras a una eventual formulación de acusación

El legislador, en ejercicio de la cláusula general de competencia regulatoria que le asigna la Constitución (Art. 150.1 y 2 C.P.) no estableció como causal de impedimento para el fiscal el haber solicitado una preclusión, rechazada por el juez. Por tratarse de un acto de parte que, no obstante, presenta una significativa relevancia frente a los derechos de las víctimas y perjudicados con el delito, el legislador penal, estableció diversos tipos de controles orientados a preservar el acceso a la justicia de estos sujetos procesales. En este sentido, previó que se trata de una solicitud que está regida por el principio de legalidad, toda vez que debe ser formulada con apego a unas causales (Art.332 C.P.P.), acompañada de un adecuado respaldo probatorio, sometida a una amplia contradicción argumentativa y probatoria, comoquiera que debe ser tramitada en audiencia (Art. 333 C.P.P.), con la participación de las víctimas, el ministerio público y la defensa, y definida por el juez de conocimiento mediante sentencia, que contará con los recursos de ley. La percepción del fiscal sobre la configuración de una causal de preclusión, no compartida por el juez, no lo inhabilita para continuar impulsando la investigación con miras a una eventual formulación de acusación; por el contrario, su postura institucional de titular de la acción y acusador se verá fortalecida con los elementos que arroje la controversia producida en la audiencia de preclusión, recogidos por el juez de conocimiento en la providencia que niega la solicitud de preclusión.

FISCAL-Su actividad investigativa y acusadora debe estar guiada por los principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección

#### CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Exigencias

La jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos para que se configure el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, precisando que deben cumplirse cinco exigencias a saber: (a) la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (b) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la omisión en el precepto demandado de un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (c) la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (d) la generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (e) la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

ESTABLECIMIENTO DE UN IMPEDIMENTO DEL FISCAL FRENTE A UNA FALLIDA SOLICITUD DE PRECLUSION-No es la única alternativa con que cuenta el legislador para garantizar los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, y a obtener verdad y reparación/FISCAL-Su actuación en lo que concierne a la preclusión, está rodeada de una serie de controles

El establecimiento de un impedimento del fiscal frente a una fallida solicitud de preclusión, no es la única alternativa con que cuenta el legislador para garantizar los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, y a obtener verdad y reparación como parece entenderlo el demandante. La actuación del fiscal, específicamente en lo que concierne a la preclusión, está rodeada de una serie de controles tales como la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; su trámite mediante audiencia en la cual se reconoce la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra, y soliciten pruebas para controvertir la petición del fiscal; y la previsión de que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. Esta fue la técnica utilizada por el legislador para proteger los derechos de las víctimas en la fase de preclusión.

Referencia: expediente D-8537

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Actor: Luís Daniel Mantilla Arango.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Luís Daniel Mantilla Arango presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 (parcial) de la Ley 906 de 2004.

Mediante providencia de veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva dispuso admitir la demanda, por considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991. Invitó a participar en el presente juicio a

los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, de Ibagué, y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia-, a la Comisión Colombiana de Juristas y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.658 del primero (1º) de septiembre de 2004, subrayando el aparte demandado:

“LEY 906 DE 2004

“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

El Congreso de la República

DECRETA

(...)

Artículo 335. Rechazo de la solicitud de preclusión. En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión.

El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”.

## I. LA DEMANDA

El ciudadano Luís Daniel Mantilla Arango solicita la inexecutable del inciso segundo del artículo 335 de la Ley 906 de 2004 con fundamento en que entraña una omisión legislativa relativa, comoquiera que permite que un fiscal que ya ha manifestado una posición contraria a los intereses de las víctimas en un caso concreto, siga conociendo de este después de que un juez ha negado una solicitud de preclusión. El impedimento que la norma prevé para el juez que niega la solicitud de preclusión, debería hacerse extensivo al fiscal que formuló la fallida solicitud. Dicha omisión sería vulneratoria de los artículos 229 y 250.7 de la Constitución, toda vez que comportaría una limitación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, así como un menoscabo a sus derechos.

A juicio del actor “permitir que el fiscal siga actuando cuando ya se ha formado una opinión clara en el sentido de que no hay mérito para acusar, es tan nocivo para los derechos de la

víctima, como sería igualmente nocivo para los derechos del imputado permitir que el juez siguiera conociendo del caso después de negar una solicitud de preclusión (...).”

La razón por la cual el juez de conocimiento debe declararse impedido una vez resuelve negativamente la solicitud de preclusión es la afectación de su imparcialidad en perjuicio de los derechos del acusado. Por similares razones, el fiscal debería ser relevado del caso, puesto que si bien este no tiene que ser imparcial “su tendencia debe ser a considerar que el delito existió y que el imputado es responsable, y no al contrario, pues al estar convencido de la ausencia de mérito para acusar, se encuentra predispuesto a vulnerar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, y al acceso material a la administración de justicia”.

En el marco del sistema penal acusatorio al fiscal le es exigible una predisposición especial, toda vez que no le es aplicable el principio de investigación integral, “el fiscal únicamente tiene la obligación de investigar aquellas circunstancias que le permitan sostener una acusación ante el juez penal, lo que significa (...) que el acusador debe estar absolutamente convencido de la responsabilidad penal del acusado para realizar adecuadamente su labor. Ello no es posible cuando el fiscal ya se ha pronunciado en el sentido de considerar que debe proceder la preclusión en lugar de la acusación”.

Los requisitos jurisprudenciales para que se configure una omisión legislativa relativa concurren a cabalidad, toda vez que: (i) la norma de la cual se predica la omisión es la acusada en esta oportunidad; (ii) la situación en que queda el juez después de negar una preclusión es absolutamente asimilable a aquella en que queda el fiscal después de que su solicitud de preclusión ha sido negada: del juez se exige imparcialidad y esta se ve afectada, y del fiscal se espera predisposición a acusar y esta se ve igualmente afectada; tanto el juez de conocimiento como el fiscal, después de una negativa a declarar la preclusión ven afectada su capacidad para realizar sus funciones constitucionales de manera adecuada; (iii) no existe una justificación objetiva y suficiente para permitir al fiscal seguir actuando, pese a su convencimiento de que no hay mérito para acusar, y evitar que el juez lo haga cuando está convencido de que sí lo hay; (iv) se produce así una desigualdad injustificada entre la posición del juez y del fiscal, luego de la negativa a la preclusión; (v) la omisión acusada implica un incumplimiento de los deberes del legislador, particularmente en lo que concierne al deber de proteger los derechos de las víctimas y garantizarles el acceso real y material a la administración de justicia.

Así como se exige que el juez se declare impedido para seguir conociendo del caso una vez ha negado una solicitud de preclusión, con el fin de proteger el imputado y garantizar la imparcialidad del fallador, debe exigirse que el fiscal sea relevado del caso cuando le ha sido negada una solicitud de preclusión, para proteger así los derechos de las víctimas y garantizarles un acceso real a la administración de justicia. Un fiscal que ya se ha formado la idea de que no existe mérito para acusar, no constituye un medio idóneo y efectivo para garantizar los derechos de las víctimas, y representa más bien una indebida restricción a su acceso a la administración de justicia.

## I. INTERVENCIONES

## 1. De entidades públicas

### 1. Del Ministerio del Interior y de Justicia

El ciudadano Ramiro Vargas Díaz, director de Ordenamiento Jurídico de este ministerio considera que no se cumplen los requisitos para que la Corte emita una decisión de fondo en relación con los cargos señalados en la demanda, por que, de una parte, no concurren los presupuestos para que se configure una omisión legislativa relativa y de otra, la acusación por presunta violación de los derechos de las víctimas parte de argumentos subjetivos que no corresponden al verdadero contenido y alcance de las normas superiores invocadas como violadas.

Para desarrollar este planteamiento señala, en primer lugar, que la norma acusada no es la llamada a consagrar el impedimento del fiscal que echa de menos el demandante, toda vez que se trata de una norma que da un desarrollo coherente a lo preceptuado en el artículo 56 de la Ley 906/04 sobre las causales de impedimento de funcionarios de la Fiscalía y de la jurisdicción penal, dentro de las cuales se encuentra precisamente, para el caso del juez de conocimiento el hecho de que haya evaluado y negado la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación, sin que el mismo motivo se consagre como causal de impedimento del fiscal.

Destaca el interviniente que las normas que regulan los impedimentos aplicables a los jueces y fiscales son los artículos 56 y 63, por lo que el cargo por omisión legislativa relativa se formula en relación con una norma de la cual no es predicable la referida omisión, lo que impide un pronunciamiento de fondo de la Corte.

En cuanto a la acusación por presunta violación de los derechos de las víctimas, sostiene que ésta se origina en una lectura equivocada de la norma superior (Art.250.7) por parte del demandante, dado que el fiscal no está siempre sujeto a la formulación de acusación sino que, tal como lo prevé el artículo 250 C.P., su función es la de “realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. Y agrega que de acuerdo con la misma disposición superior “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado”.

La labor que realiza la Fiscalía es objetiva, de investigación, despojada de cualquier juicio valorativo, de tal manera que los elementos probatorios presentados tendrán valor en el juicio en tanto se presenten a través del juez, quien será el que les conferirá o no el carácter de prueba. Al fiscal no le corresponde ser un acusador a ultranza dentro del proceso penal, sino que debe aportar elementos materiales e información que incluya aquellos que son favorables para el imputado. Su función no es asimilable a la del juez que rechaza una preclusión, puesto que este es quien toma las decisiones en el proceso, en tanto que el fiscal es un mero aportante de elementos materiales probatorios que el juez valorará para darles o

no el carácter de pruebas. Por tratarse de situaciones que no son asimilables, no les corresponde la misma consecuencia jurídica frente al rechazo de la preclusión.

El hecho de que el fiscal siga actuando dentro del proceso penal en el cual ha solicitado previamente la preclusión y le ha sido rechazada, no pone en situación de indefensión a las víctimas del delito objeto del respectivo proceso porque al juez le corresponde ser el guardián del respecto de los derechos fundamentales de las víctimas, en especial de los derechos de estas a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Con fundamento en las razones precedentes, el Ministerio solicita que se emita una sentencia inhibitoria.

## 1.2. De la Fiscalía General de la Nación

La ciudadana Myriam Stella Ortiz Quintero, actuando como Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, solicita a la Corte proferir sentencia inhibitoria, y en subsidio declarar la exequibilidad del inciso final del artículo 335 de la Ley 906 de 2004. Fundamenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

En cuanto a la primera solicitud afirma que la demanda carece de certeza, pues parte de una hermenéutica equivocada sobre el contenido normativo de la disposición. De acuerdo con la disposición acusada, no basta con que el juez de conocimiento niegue la preclusión para que opere automáticamente el impedimento allí previsto, “lo importante para que el mismo se produzca es que el fallador comprometa su criterio frente a la posible responsabilidad del procesado”. En apoyo de esta afirmación cita jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Auto de enero 19 de 2009, Radicación No. 30.975).

Respecto de la solicitud subsidiaria, sostiene que la obligación de la Fiscalía en la investigación penal es cumplir con su labor de acusador mediante la presentación de una hipótesis de verdad procesal ante un tercero que es el juez. Por esta razón el impedimento fue establecido por el legislador para el juez y no para el fiscal, funcionario que no tiene poder de decisión comoquiera que en el nuevo sistema penal acusatorio el ente acusador “perdió en parte considerable sus funciones jurisdiccionales”.

Agrega que no es cierto que el fiscal que solicitó la preclusión quede predisposto a continuar con la convicción de que no existe mérito para acusar, pues su entendimiento puede variar con la argumentación que en sentido contrario realiza el juez de conocimiento sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar para rechazar la figura procesal de la preclusión.

No hay que olvidar que la audiencia de solicitud de preclusión (Art. 333 Ley 906/04) se realiza con la participación de la víctima, quien con su argumentación puede incidir en la postura del fiscal, por lo que no es cierto que los intereses de este interviniente se vean menoscabados por la sola solicitud de preclusión que formule la Fiscalía.

En consecuencia, carece de sustento la acusación contra la disposición cuestionada.

### 1.3. Consejo Superior de la Judicatura

1.3.1. Aduciendo dar respuesta al oficio No.1256 dirigido por la Secretaría de esta Corporación al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, aparece un escrito, en papel oficial del Consejo Superior de la Judicatura, suscrito por la ciudadana Leonor Cristina Padilla Godin, quien no allega poder, ni manifieste la condición desde la cual actúa.

Sostiene la ciudadana interviniente que “por ser adecuado, pertinente y proporcional frente a los mismos argumentos esbozados para el juez, se podría entender que el presente caso se ajusta a los términos previstos para la omisión legislativa relativa”. Siendo así “se podría considerar que le asiste razón la demandante [dado que] cuando el fiscal ha solicitado la preclusión de la investigación penal, por la ocurrencia de cualquiera de las causales señaladas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es porque ha llegado al convencimiento de que el proceso debe darse por terminado, de tal suerte que al negarse dicha pretensión y continuar con el proceso, el fiscal no tendrá argumentos para proceder con la acusación, que por naturaleza se encuentra en cabeza del ente investigador”.

De esta manera “se podría entender la violación de principios de carácter constitucional, por conexidad con el derecho al debido proceso”, y cita apartes de la sentencia C- 095 de 2003 en la cual se destaca la imparcialidad como un valor esencial en el ejercicio de la administración de justicia y en general de la función pública, sin que siente una postura sobre los problemas jurídicos planteados ni formule una solicitud.

1.3.2. También intervino en nombre de esa Corporación Giovanni Padilla Téllez, profesional universitario de la Unidad de Procesos de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, quien lo hace en un sentido distinto a la anterior interviniente.

En primer lugar, sostiene que el cargo por omisión legislativa relativa “no cumple con el requisito de claridad, esto es, no permite apreciar el hilo conductor en la argumentación que haga posible comprender por qué dentro de tales preceptos debió el legislador haber incluido que el impedimento también debía predicarse del fiscal a quien se le rechazó su solicitud de preclusión”. Igualmente, “no se cuenta con razones específicas que definan con claridad la manera como la norma demandada desconoce o vulnera en particular el artículo 229 superior, y por lo mismo, no existe un argumento básico con la potencialidad para que sea declarada la omisión legislativa relativa que habilite a la Corte para proferir una sentencia condicionada de constitucionalidad”,

En segundo lugar, manifiesta que resulta irrelevante la inexistencia de un impedimento del fiscal a quien se ha negado una solicitud de preclusión, toda vez que la decisión es adoptada por el juez de conocimiento y es respecto de este que se predicen los impedimentos. La norma no desconoce los derechos de las víctimas al permitir que el fiscal que ha formulado la solicitud de preclusión negada continúe al frente del caso, puesto que corresponde al juez proteger los derechos y garantías de todos los intervinientes en el proceso.

## 2. De Instituciones Educativas

### 2.1. De la Universidad Nacional de Colombia

La ciudadana Wanda Fernández León, profesora asociada de esta institución educativa, emite concepto técnico en el que concluye que no se presenta la omisión legislativa relativa que acusa el demandante, ni se afectan los derechos de las víctimas por el hecho de que el fiscal, a quien se rechazó una solicitud de preclusión, continúe al frente del proceso. A continuación se expone una reseña de los argumentos que dan sustento a su postura.

No obstante, destaca la interviniente, que en guarda del principio de objetividad, al fiscal se le atribuyen funciones constitucionales y legales que le demarcan el impulso de actividades no propiamente de persecución, sino de resguardo de los derechos e intereses del imputado o acusado, por lo que no comparte el planteamiento del demandante en el sentido que el fiscal debe tender siempre a considerar que el delito existió y que el acusado es responsable. Así acontece, por ejemplo con las atribuciones de solicitar la preclusión “si no existiere mérito para acusar” (Art. 250.7 C.P.), y de abogar por “la absolución perentoria del acusado” cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación (Art. 250.8 C.P. y 442 C. P.P.).

Adicionalmente, el régimen de impedimentos y recusaciones está guiado por el principio de taxatividad, que exige que los fiscales solo deban excusarse de conocer o seguir conociendo de los asuntos en que intervengan, cuando exista cualquiera de las causales que señala el artículo 56 del C. P.P. Este carácter restrictivo no permite extender al fiscal el impedimento aplicable al juez que ha negado la solicitud de preclusión.

De otra parte, el hecho de que el fiscal a quien el juez le rechaza la preclusión, no se declare impedido, no mengua los derechos que tienen las víctimas “en virtud de que en la actualidad y salvo la presentación de la teoría del caso en el juicio, estos son exactamente iguales a los que se conceden a las partes”. A través de varias decisiones<sup>1</sup> la Corte Constitucional restableció el equilibrio entre las partes, “superó las desemejanzas y desproporciones que hubieran podido generarse y puso al alcance tanto del acusado y su defensor, como de las víctimas, todos los medios y armas procesales para ejercer efectivamente sus derechos”.

En consecuencia, el hecho de que la norma acusada no extienda al fiscal que la solicita, el impedimento que prevé para el juez que niega la preclusión, no configura la omisión legislativa relativa que aduce el demandante, ni vulnera los derechos de las víctimas, razón por la cual no resulta pertinente condicionar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

## 2.2. De la Universidad de Ibagué

El ciudadano Álvaro González Murcia, Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de esa Universidad, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada, toda vez que según su interpretación del precepto acusado el impedimento que la norma prevé para el juez “se hace extensivo al fiscal (...) porque es al fiscal a quien en virtud del artículo 49 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el 200 de la Ley 906 de 2004 le corresponde la investigación de los hechos”.

A juicio de este interviniente “la norma no dispone regresar el caso al fiscal que elevó la solicitud de preclusión sino a “la fiscalía”, término con el cual se designa la Institución que

investiga y acusa". Considera válida la inquietud del demandante, toda vez que la preclusión se asimila a una absolución anticipada. De modo que cuando las diligencias que contienen la solicitud de preclusión y su negativa, retornen al despacho del fiscal, este debe declararse impedido a la luz de los artículos 63, 56 numeral 14, y 335, todos, de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente no existe la omisión legislativa que acusa el demandante.

### 2.3. De la Universidad del Rosario.

Francisco Bernate Ochoa, docente de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad, solicita a la Corte "reconocer la existencia de una omisión legislativa y establecer, que en casos de negativa de la preclusión solicitada por el fiscal, este deberá declararse impedido para continuar conociendo de la investigación".

Para fundamentar dicha solicitud sostiene que al ser rechazada la preclusión, el sistema procesal no le deja al fiscal alternativa distinta a la de acusar y proseguir en un juicio sin el convencimiento de la existencia del delito, lo cual pone en peligro los intereses de la víctima.

El interviniente concluye señalando que "existe una omisión legislativa en tanto que el legislador no previó esta situación y por ende no puso remedio a la misma en aras de los intereses de las víctimas, por lo que sí es procedente una interpretación de la Corte Constitucional que establezca que un fiscal que ha solicitado una preclusión que ha sido negada por el juez debe declararse impedido para seguir conociendo del asunto, y el caso debe pasar a manos de otro funcionario que pueda contar con el convencimiento necesario para proseguir con la investigación en aras de la tutela de los intereses de la víctima".

## 3. De organizaciones gremiales, sociales y académicas

### 3.1. Del Instituto de Derecho Procesal

La ciudadana Ángela María Buitrago, miembro del Instituto de Derecho Procesal, presentó un escrito en el que considera que "la demanda no puede prosperar". Fundamenta su postura en las siguientes consideraciones:

Luego de hacer referencia a la naturaleza y fines de la preclusión como figura procesal que extingue la acción penal y de transcribir ampliamente la jurisprudencia de esta Corte sobre los derechos de las víctimas y el papel del fiscal frente a las mismas (C-531 de 2005 y C-209 de 2007) , destacando que, tal como lo ha sostenido esta Corporación, la víctima no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal instaurado por el A.L. 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

Sostiene la interviniente que no obstante todo el discurso elaborado por la jurisprudencia constitucional respecto de la víctima "lo cierto es que si el fiscal decide no continuar, o solicitar la preclusión, la víctima podrá oponerse, pero no podrá actuar de manera individual respecto del ejercicio de la acción penal, dado que ésta solo puede ser realizada por el funcionario del ente acusador".

Advierte que tratándose de un sujeto procesal, el fiscal no puede declararse impedido

comoquiera que esta figura cumple el propósito de garantizar la imparcialidad y la ausencia de interés personal en la causa por parte de quien va a decidir el asunto. No obstante, de acuerdo con el diseño del actual sistema penal acusatorio, la víctima puede oponerse a una solicitud de preclusión del fiscal y será el juez quien resolverá. Reconoce, sin embargo que el hecho de que el fiscal haya sentado su criterio a través de una solicitud de preclusión fallida, puede afectar el desenvolvimiento del proceso “y en algunos casos no hay duda que no se pueda esperar que el fiscal actúe en búsqueda de la prueba una vez le haya sido negada la solicitud (de preclusión) por el juez competente.

Aún en el caso de la preclusión propuesta y negada en la fase del juicio se puede ver afectada la actividad del fiscal. Aunque en esta etapa solo sean admisibles causales objetivas, la inclinación del criterio del fiscal hacia la inexistencia de sustento para acusar puede interferir en su labor de acusador al formular los interrogatorios y contra interrogatorios, actividad que no puede realizar directamente la víctima. En tales eventos, el correctivo no puede ser un impedimento no previsto en el régimen legal, pero sí podría auscultarse la posibilidad de una reasignación de fiscal por incumplimiento del rol que le corresponde, asunto que debe ser regulado por el régimen interno de la Fiscalía.

### 3.2. De la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Jaime Bernal Cuellar, miembro de la Academia, solicita la exequibilidad de la expresión acusada. Para sustentar su petición presenta las siguientes consideraciones:

El legislador no incurrió en la omisión legislativa que acusa el demandante toda vez que “no existe un trato diferenciado irracional entre los supuestos incluidos en la norma demandada y aquellos que el demandante echa de menos, y en particular por que los roles funcionales asignados por la ley procesal al juez y al fiscal son totalmente distintos: mientras que el juez debe actuar dentro de un criterio de estricta imparcialidad – puesto que es quien define sobre la responsabilidad penal – el fiscal es la parte acusadora y la gran mayoría de sus actuaciones corresponden a actos de simple postulación y no de decisión con carácter vinculante. Por ende no existe desconocimiento de las garantías de las víctimas, por el contrario, un análisis sistemático del ordenamiento jurídico superior muestra que se mantienen incólumes, máxime si se tiene en cuenta que la protección y reconocimiento de sus derechos corresponde también al juez de conocimiento”.

No se cumplen los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para que se configure una omisión legislativa, toda vez que los supuestos que el demandante compara no son asimilables. El juez, a diferencia del Fiscal, no ejerce el rol de parte, esto es, no persigue una pretensión en particular. La función del juez es impartir justicia, mientras que el fiscal es el encargado de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar cualquier comportamiento que revista las características de una conducta penalmente reprochable. Por regla general la actividad del fiscal se concreta en actos de postulación, que por ende, no tienen carácter vinculante, solamente las decisiones de los jueces obligan a las partes.

De esta manera “es totalmente diferenciable la forma de participación y los intereses que persiguen la Fiscalía General de la Nación y los jueces (sean con función de control de garantías o de conocimiento). Dicha distinción está consagrada en la Constitución. Luego, contrario a lo expuesto por el ciudadano demandante, equiparar los roles del juez y del fiscal

desnaturalizaría el sistema, por lo cual la consecuencia jurídica contenida en la preceptiva demandada no puede ser aplicada indistintamente frente a estos dos funcionarios”.

El principio de imparcialidad forma parte del debido proceso, pero solo se predica de los funcionarios que tienen la función de protección de derechos fundamentales y del llamado a determinar la existencia o no de la responsabilidad penal, es decir, de los jueces de garantías y de conocimiento. Aunque respecto del fiscal también es exigible la rectitud y un proceder con estricta sujeción a las evidencias recaudadas, no puede considerarse que pueda ser separado de la investigación y del juicio cuando su solicitud de preclusión sea resuelta desfavorablemente, dado que como se indicó el fiscal no tiene la potestad de adoptar decisiones con fuerza vinculante, salvo casos excepcionalísimos.

La exclusión del fiscal de las consecuencias jurídicas de la norma demandada tiene fundamento razonable y suficiente, pues además de ser una parte dentro del proceso, a diferencia de lo que ocurre con el juez, en él reposa la obligación constitucional de ejercer la acción penal, siempre que concurren los elementos para considerar que hay una conducta sujeta a reproche penal.

La separación del fiscal que ha adelantado toda una investigación, y que por ende conoce sus fortalezas y debilidades, en lugar de favorecerlos, pone en riesgo los derechos de las víctimas, toda vez que “conlleva unos mayores traumatismos, afectando realmente el acceso efectivo a la administración de justicia pues sería necesario ampliar los términos para que un nuevo instructor conozca los hechos objeto de investigación”.

En conclusión, el legislador no ha incumplido sus deberes legales de proteger los derechos e intereses a las víctimas. Conminar al fiscal a que prosiga con la investigación es la materialización de la obligación de ejercer la acción penal, para salvaguardar los derechos de las víctimas.

## I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto No. 5183 del 18 de julio de 2011, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión “el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”, contenida en el artículo 335 de la Ley 906 de 2004.

Sostiene el Jefe del Ministerio Público que la demanda no cumple con las condiciones y requisitos exigidos, de manera general, en las demandas de constitucionalidad, y en especial en las demandas que pretenden que se declare una omisión legislativa relativa. No se exponen razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de que goza la expresión demandada, que puedan generar siquiera una mínima duda sobre su adecuación a la Carta Política. Se trata, a juicio del Procurador, “de una serie de consideraciones subjetivas y poco acertadas, a partir de las cuales se pretende advertir hipotéticas y eventuales vulneraciones de los derechos de unas posibles víctimas que, en todo caso, no serían consecuencia de la expresión demandada”.

No se demuestra, sostiene el Procurador: (i) que la situación del fiscal a quien se niega la solicitud de preclusión sea asimilable a la del juez del conocimiento que conozca de la preclusión; (ii) que la alegada exclusión carezca de un principio de razón suficiente; (iii) que la falta de justificación y objetividad de esa exclusión, genere una desigualdad negativa para las eventuales víctimas, frente al investigado o imputado que se encuentra amparado por las consecuencias jurídicas de la expresión demandada; (iv) ni que la alegada omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico, impuesto por el Constituyente al legislador, de otorgar un mismo trato al fiscal y al juez del conocimiento, o de beneficiar a la eventual víctima de la conducta punible.

La interpretación que se hace en la demanda de las normas constitucionales, de la expresión acusada, y en general del sistema penal, es subjetiva y poco acertada por que parte de la base de equiparar la función del fiscal, que en el sistema acusatorio es “un mero sujeto procesal”, a la del juez de conocimiento. Desconoce el actor, así mismo, el principio de libre configuración del legislador en materia de procedimientos. En lugar de una exequibilidad condicionada, para incluir un contenido normativo que la ley excluye de manera injustificada, se pretende que la Corte dicte una sentencia integradora para agregar al artículo demandado una regla procesal que el mismo no contiene y que no se desprende de lo que en él se regula, sino que tiene que ver con otros artículos de la ley como serían los artículos 56 y 63 del C. de P.P.

No es posible establecer una contradicción objetiva y directa entre la expresión demandada, alusiva al procedimiento a seguir luego de que el juez rechaza una solicitud de preclusión, y las normas constitucionales invocadas en las cuales se establece el derecho a acceder a la administración de justicia y se incluyen dentro de las funciones de la Fiscalía General de la Nación la de proteger a las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, y se señala expresamente que “la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas”.

Finalmente, aduce el representante de la Procuraduría que “de seguirse la línea argumentativa del actor, sería forzoso aceptar que cada vez que un fiscal hace una solicitud a un juez y obtiene una respuesta negativa, sea que se trate de una medida de aseguramiento, de un preacuerdo, de una imputación, de una acusación, etc., debería quedar impedido para continuar con la investigación, pues tendría una idea preconcebida del proceso, que podría resultar contraria a los derechos o a los intereses de las víctimas o del procesado, o de ambos, lo cual carece completamente de sentido”.

## VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

### Competencia de la Corte

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 906 de 2004.

2. Asunto bajo revisión. Problema jurídico planteado.

2.1. Para el demandante, la expresión “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio” contenida en el inciso segundo del artículo 335 de la Ley 906 de 2004, entraña una omisión legislativa relativa, comoquiera que permite que un fiscal que ya ha manifestado una posición contraria a los intereses de las víctimas en un caso concreto, siga conociendo de este después de que un juez ha negado una solicitud de preclusión. El impedimento que la norma prevé para el juez que niega la solicitud de preclusión, a juicio del actor, debería hacerse extensivo al fiscal que formuló la fallida solicitud. Dicha omisión sería vulneratoria de los artículos 229 y 250.7 de la Constitución, toda vez que comportaría una limitación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, así como un menoscabo a sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Esta perspectiva es coadyuvada por algunos intervinientes como el representante de la Universidad del Rosario, y uno de los ciudadanos que actúa en nombre del Consejo Superior de la Judicatura.

2.2. En concepto del Procurador General de la Nación, con quien coinciden el representante del Ministerio del Interior y la Fiscalía, el libelo carece de los requisitos mínimos para que una demanda de inconstitucionalidad, sea apta para provocar un pronunciamiento de mérito. De acuerdo con esta postura el demandante parte de una comprensión errónea de los principios básicos del sistema penal acusatorio, pretendiendo equiparar sujetos que cumplen roles distintos al interior de este sistema. Adicionalmente, no concurrirían los presupuestos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional deben acreditarse para estructurar un cargo de inconstitucionalidad por la vía de la omisión legislativa relativa.

2.3. Otro grupo de intervinientes entre los que se cuentan los voceros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el Instituto de Derecho Procesal, la Universidad Nacional de Colombia, conceptuaron a favor de un pronunciamiento de exequibilidad simple de la norma, a partir de un análisis de la naturaleza jurídica de la preclusión y de los roles que cumplen el juez y el fiscal en el marco del sistema penal acusatorio establecido por el A.L. 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004.

2.4. Finalmente, hay quienes estiman – Universidad de Ibagué – que el demandante tiene razón al equiparar la posición del fiscal a la del juez, en lo que concierne al deber de objetividad e imparcialidad de uno y otro, pero consideran que una interpretación sistemática de los preceptos legales que regulan la materia permitiría sostener que el legislador hizo extensivo el impedimento que el demandante echa de menos, también al fiscal que solicita la preclusión.

2.5. Descrita de esta forma la discusión planteada, el problema jurídico que la Corte debe resolver radica en determinar si la norma que contempla un impedimento para adelantar el juicio, referido únicamente al juez que ha rechazado una solicitud de preclusión, vulnera los derechos de las víctimas a acceder a la justicia y a obtener verdad, justicia y reparación, en la medida que entraña una omisión legislativa relativa que resulta inconstitucional comoquiera que el mismo impedimento debió contemplarse para el fiscal que efectuó la fallida solicitud.

Para resolver esta cuestión la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer término, y como cuestión previa, tomando en consideración el planteamiento del Procurador General de

la Nación, determinará si el cargo propuesto ofrece un debate jurídico constitucional sustantivo, que permita adoptar una decisión de mérito. Si este asunto es resuelto afirmativamente, la Corte recordará su jurisprudencia sobre la institución de la preclusión en el marco del sistema penal acusatorio, sus fines y las posiciones que ocupan el juez y el fiscal en esa etapa procesal; reiterará así mismo su jurisprudencia sobre la imparcialidad e independencia judicial como elementos del debido proceso; se referirá a la regulación de los impedimentos en la ley procesal penal. Por último, a partir de los parámetros que se obtengan de las anteriores etapas de análisis, se resolverá el cargo propuesto.

### 3. Cuestión previa. Aptitud sustantiva de la demanda:

3.1. Sostiene el Jefe del Ministerio Público que la demanda no cumple con las condiciones y requisitos exigidos, de manera general, en las demandas de constitucionalidad, y en especial, en las demandas que pretenden que se declare una omisión legislativa relativa.

En cuanto al primer aspecto el Procurador censura la falta de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de las razones expuestas en la demanda para provocar un pronunciamiento de mérito, sin que exponga argumentos relativos a la ausencia de cada uno de esos atributos. Sus reparos se adecuan a una crítica por falta de certeza<sup>2</sup> toda vez que señala que el demandante parte de una interpretación subjetiva y errónea acerca de las posiciones que ocupan el juez y el fiscal dentro de la estructura del proceso penal acusatorio, pretendiendo una equiparación que no se deriva de los postulados de ese modelo.

3.2. Observa la Corte que, contrario a lo que conceptúa la Procuraduría, la acusación del demandante se dirige contra una proposición normativa existente en el ordenamiento jurídico - la regulación de una causal de impedimento para el juez, originada en el trámite de una solicitud de preclusión -. El hecho de que el actor haga referencia a otras disposiciones del propio estatuto relativas a la misma materia (Arts. 56 y 63 del C.P.P.) obedece a la pretensión de suministrar una hermenéutica apoyada en un criterio sistemático, sin que extienda su censura a esos otros preceptos.

El actor no parte, para su análisis, de una indebida equiparación de las posiciones del juez y del fiscal dentro del modelo de tendencia acusatoria, para exigir un trato igualitario, como lo acota el Procurador. Su planteamiento toma en cuenta las diversas funciones que cumple uno y otro órgano dentro del proceso penal, pero considera que la anticipación de un criterio sobre una eventual preclusión de la investigación afecta tanto el deber de imparcialidad, en el juez, como el compromiso del fiscal con su papel de acusador y de promotor de los derechos de las víctimas dentro del proceso. De este modo, los planteamientos del demandante revisten idoneidad para generar al menos una duda razonable acerca de si mantener una investigación a cargo del fiscal que ha estimado que se configura una causal de preclusión de la investigación, resta eficacia a su papel de acusador, y por ende menoscaba los derechos de las víctimas, en particular su derecho a acceder a la justicia con todas las garantías que les ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

De otra parte, el análisis que realiza el Procurador para descartar la concurrencia de los requisitos que de acuerdo con la jurisprudencia deben acreditarse para declarar la

inconstitucionalidad de una omisión legislativa relativa, es más propio de un estudio de fondo de la censura, que de un juicio sobre su procedibilidad. El Ministerio Público no se limita a cuestionar la falta de técnica del demandante en la estructuración del cargo por omisión legislativa relativa, sino que controvierte la acreditación de cada uno de los requisitos, cuya concurrencia permite afirmar la existencia de una omisión legislativa relativa. La postura argumentativa del Procurador se orienta a demostrar que la omisión legislativa que acusa el demandante no es inconstitucional, lo que comporta un análisis de fondo y no simplemente de técnica constitucional.

La Sala procederá en consecuencia, a efectuar un pronunciamiento de mérito, respondiendo en ese nivel de análisis a los planteamientos del Procurador que, como se indicó, trascienden el campo de la técnica constitucional e involucran una postura sustancial sobre el fondo del asunto.

4. La preclusión en el marco de la estructura del proceso penal acusatorio, y las posturas institucionales asignadas a juez y fiscal.

4.1. La Corte ha tenido la oportunidad de hacer referencia, en diversas oportunidades<sup>3</sup>, a la dogmática de la figura procesal de la preclusión, regulada en el título VI del C.P.P., siempre con el propósito de establecer el alcance de un aspecto normativo relacionado con tal figura, a efecto de abordar un reproche de constitucionalidad. Así por el ejemplo en la sentencia C-920 de 20074 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), el Pleno de esta Corporación definió conceptualmente la institución de la preclusión en el marco del sistema penal de tendencia acusatoria, hizo referencia a sus fines, a los órganos competentes para formular y resolver una solicitud orientada a su aplicación, así como a las causales que la motivan y a las oportunidades procesales para su invocación. Por suministrar un marco contextual adecuado para el análisis del contenido normativo acusado, recordará la Sala el mencionado desarrollo jurisprudencial.

4.1 En relación con el alcance conceptual de la institución, y sus fines en el marco del sistema penal de tendencia acusatoria indicó:

“4.1. La preclusión de la investigación es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales,<sup>5</sup> que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada”.

(...)

Más allá de una potestad derivada de la autonomía que la Constitución asigna al fiscal para el ejercicio de la acción penal, configura un imperativo que pretende introducir, en la fase de investigación, un factor de equilibrio entre los poderes del fiscal y los derechos del imputado, en aras de preservar la garantía de presunción de inocencia que lo ampara”.

4.2. Al referirse al órgano encargado de declararla, y al nuevo rol que la Constitución asignó a los jueces y fiscales en materia de preclusión, anotó:

4.2. La nueva regulación constitucional introducida por el Acto legislativo 03 de 2002 (Art. 250.5 C.P.) separó a la Fiscalía General de la Nación de la facultad de precluir las investigaciones, y asignó de manera expresa tal función al juez de conocimiento. Esta configuración, se armoniza con los rasgos fundamentales del nuevo modelo de investigación y juzgamiento conforme al cual, no obstante radicar en la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de la misma y la definición del proceso se adscribió al juez, ya sea a través del control sobre la aplicación del principio de oportunidad, la declaratoria de la preclusión del proceso, o la sentencia.

De manera contundente el inciso segundo del artículo 250 de la Constitución establece que “En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:

(...)

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”.

Se trata de un claro mandato para el Fiscal de formular, ante el juez de conocimiento la solicitud de preclusión, en aquellos eventos en que no hubiese podido recolectar evidencia, o elementos materiales de prueba que le permitan sostener una acusación. Es ésta una hipótesis que se funda en los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, en los que tradicionalmente se ha inspirado la figura de la preclusión de la investigación”.

(...)

4.3. En lo que concierne a las oportunidades en que puede ser solicitada y declarada la preclusión dijo la Corte:

“4.3. El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (Arts. 331 y 332 inciso 1º) se presenta (i) durante la investigación (aún desde la fase previa), hasta antes de que el fiscal presente el escrito de acusación<sup>6</sup>, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas en el artículo 332<sup>7</sup>, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el fiscal.

La segunda, (Parágrafo Art. 332) puede presentarse (i) durante el juzgamiento, (ii) únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª )<sup>8</sup> de las causales previstas en el artículo 332, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa.

En uno y otro caso, por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, que pone fin a la acción penal, dirime de fondo el conflicto y hace tránsito a cosa juzgada, la solicitud debe ser resuelta por el juez de conocimiento”.

4.4 Sobre las causales en que se debe funda una decisión de preclusión, indicó:

“Conforme al precepto examinado, fue decisión del legislador adscribir al fiscal la función de solicitar, durante la fase de investigación y ante el juez de conocimiento, la preclusión de la investigación, cuando no hallare mérito para acusar, y se presentare cualquiera de los siguientes eventos: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) la existencia de una causal que excluya la responsabilidad de conformidad con el código penal; (iii) la inexistencia del hecho investigado; (iv) su atipicidad; (v) la ausencia de intervención del imputado en el mismo; (vi) la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y (vii) el vencimiento del término máximo de treinta (30) días con que cuenta el fiscal para formular acusación, solicitar preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

De otra parte, durante la fase de juzgamiento (...) el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión durante el juzgamiento. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal<sup>9</sup>; y (ii) la inexistencia del hecho investigado”.

4.6. En suma, la preclusión de la investigación es una institución procesal que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación. En la fase de investigación puede ser solicitada por el Fiscal, aún desde la fase previa, con base en cualquiera de las 7 causales previstas en el artículo 332 C.P.P. En el juicio la iniciativa puede surgir del fiscal, la defensa o el ministerio público, y solo ante la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o la inexistencia del hecho investigado. En uno y otro caso debe ser resuelta por el juez de conocimiento, mediante sentencia que hace tránsito a cosa juzgada.

5. Los impedimentos y recusaciones, garantía de independencia e imparcialidad del funcionario judicial

5.1 La jurisprudencia de esta corporación<sup>10</sup> ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano.<sup>11</sup> Sobre el particular señaló la Corte:

“Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos)<sup>12</sup>.

5.2. No obstante, la jurisprudencia colombiana ha destacado el carácter excepcional de los impedimentos y las recusaciones y por ende el carácter taxativo de las causales en que se originan, lo cual exige una interpretación restrictiva de las mismas:

“Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida<sup>13</sup>”.

5.3. De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que “(...) Las normas legales nacionales e internacionales sobre independencia judicial son imperativas para todo tipo de proceso judicial o administrativo, puesto que se trata de un elemento fundamental del derecho al debido proceso (Art. 8.1 Convención)<sup>14</sup>.

La relevancia de la imparcialidad como atributo nuclear de la administración de Justicia ha sido destacada por la jurisprudencia interamericana, al señalar que: “La imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales<sup>15</sup>.

Sobre el alcance y los elementos del concepto de imparcialidad el Tribunal Internacional ha señalado que éste “supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice<sup>16</sup>. (...) Así mismo, la Comisión Interamericana ha distinguido al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>17</sup>, dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo<sup>18</sup>.

El aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un juez o de un tribunal en un caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario.

Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el Tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si

independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre la imparcialidad<sup>19</sup>20.

5.4 Así mismo, los “Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura” aprobados por el VII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de la Delincuencia, 1990, señalan que la imparcialidad se refiere, entre otros aspectos, a que no tenga opiniones preconcebidas ni compromisos o tome partido con alguna de las partes sobre el caso que se le somete. Es la actitud psicológica de probidad y rectitud para buscar la verdad procesal que corresponda con la verdad material.

En suma, los impedimentos son técnicas orientadas a la protección de principios esenciales de la administración de justicia como la independencia y la imparcialidad del funcionario judicial. Estos atributos en cuanto se orientan a garantizar el debido proceso, tienen su fundamento en constitucional en el artículo 29 de la Carta, y en los principales convenios internacionales sobre derechos humanos adoptados por el estado colombiano, y se convierten en derechos subjetivos del ciudadano. Las causales en que se fundan los impedimentos son taxativas y de interpretación restrictiva.

5.5. Para resolver la cuestión sometida a juicio en esta oportunidad, es preciso indagar acerca de si, tal como están regulados los impedimentos en el sistema procesal penal colombiano, sus causales se aplican a los fiscales, y particularmente, si la prevista en el inciso final del artículo 335 C.P.P. para el juez que niega una solicitud de preclusión, se extiende, de acuerdo a la configuración de legislador, al fiscal que formuló dicha solicitud. A ello se procederá a continuación.

## 6. La regulación legal de los impedimentos en el procedimiento penal vigente

6.1. El segmento normativo acusado contenido en el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 establece que “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”. A fin de precisar el alcance normativo de este precepto se hace necesario interpretarlo, en el contexto general de los principios y fines que orientan la preclusión en el sistema penal de tendencia acusatoria, la naturaleza de la función que cumple la Fiscalía General de la Nación dentro de esta estructura, y los principios que orientan el régimen de impedimentos previstos en la ley procedimental para los funcionarios judiciales.

6.2. El capítulo VII del título primero del Código de Procedimiento Penal regula lo atinente a los impedimentos y recusaciones en materia penal. En el artículo 56 se establecen las causales que pueden ser aducidas por los funcionarios judiciales para separarse del conocimiento de un asunto, o invocadas por los sujetos procesales para recusar al funcionario que ante la configuración de una causal, no manifieste su impedimento. Se trata de circunstancias fundadas en razones de interés directo o indirecto del funcionario en la actuación judicial, parentesco, vínculos derivados de relaciones crediticias, comerciales o jurídicas, amistad, enemistad, mora injustificada, o en el prejuicio o anticipación de un criterio jurídico sobre un asunto determinado, que tengan la idoneidad suficiente para alterar el juicio del funcionario y restar eficacia a los atributos de imparcialidad e independencia que deben caracterizar la función judicial.

Dentro de ese catálogo de causales se destaca la contemplada en el numeral 14 del artículo

56 según la cual constituye causal de impedimento “Que el Juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo”. Como es fácil advertir se trata de una causal de impedimento que reproduce la prevista en el inciso final del artículo 335 del C.P.P. y que es objeto de esta impugnación.

6.3. Una interpretación de las normas que regulan los impedimentos, suministrada por uno de los intervinientes en este juicio, la Universidad de Ibagué, estima que concordando el contenido normativo acusado (335 y 56.14 C.P.P.) con el artículo 63 ib., la causal allí prevista se haría extensiva a los fiscales que solicitan la fallida preclusión de la investigación; bajo esta hermenéutica no se configuraría la omisión legislativa que acusa el demandante. Cabe precisar que de conformidad con el artículo 63 “Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanente o transitorias policía judicial, y empleados de los demás despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento procederá a reemplazarlo”.

6.5. No comparte la Sala dicha interpretación, toda vez que la regla amplificadora prevista en el artículo 63 C.P.P. transcrito, debe ser aplicada atendiendo la naturaleza de las causales, así como la especificidad de las funciones que cumplen dentro del proceso penal los empleados y funcionarios que figuran como destinatarios de la norma.

6.5.1. La causal de impedimento prevista en el numeral 14 del artículo 56 C.P.P., la cual coincide con la establecida en el inciso final del artículo 335 ib. objeto del reproche, tiene como finalidad preservar la imparcialidad e independencia del funcionario judicial - juez de conocimiento - encargado de adoptar una decisión de particular relevancia dentro del proceso penal como es la preclusión de la investigación. Esta decisión tiene consecuencias de la mayor trascendencia para el proceso comoquiera que da lugar cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal en contra del imputado, y a la revocatoria de todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto. El impacto de una decisión de esta envergadura exige que se encuentre rodeada de todas las garantías adscritas al debido proceso como son la imparcialidad, el equilibrio y la independencia del funcionario que debe adoptar, con carácter vinculante, tal determinación.

6.5.2. Una postura previa al juicio oral, asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo, o la intervención del investigado en el hecho, afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial. Por ello resulta razonable y necesaria, en procura de preservar su imparcialidad, la preceptiva que obliga a que se margine de un proceso en el que se ha pronunciado negativamente sobre una solicitud de preclusión del fiscal.

6.5.3. No ocurre lo mismo con el fiscal que solicita la preclusión resuelta negativamente. No obstante que se trata de un servidor público perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público (Art. 116 C.P.), su actuación, de manera general, no es típicamente jurisdiccional

puesto que dentro del modelo penal acusatorio diseñado por el A.L. 03 de 2002, su posición institucional es la de titular de la acción penal y parte acusadora dentro del esquema adversarial<sup>21</sup>. Partiendo de esta concepción, su actuación en el proceso no está precedida de las mismas exigencias de neutralidad, imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez.

Por el contrario su postura dentro del sistema penal acusatorio está signada por la pretensión fundamental que le demarca el artículo 250 de la Constitución de ejercer la acción penal, cumplir la función acusadora y recaudar evidencias orientadas a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado. La manifestación de su punto de vista sobre la suerte de la acción penal, a través de una solicitud de preclusión, no tiene el estatus, ni la fuerza vinculante de una decisión judicial, comoquiera que se trata de un acto de parte, sometido a controles de otra índole, diversos a la marginación del fiscal de la investigación. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta corporación al señalar que:

“Resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías”.

El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. No obstante, la controversia de la solicitud del fiscal tal como ha sido regulada por el artículo 333, puede resultar inocua, si no se permite la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión<sup>22</sup>.

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

6.5.5. El legislador, en ejercicio de la cláusula general de competencia regulatoria que le asigna la Constitución (Art. 150.1 y 2 C.P.) no estableció como causal de impedimento para el fiscal el haber solicitado una preclusión, rechazada por el juez. Por tratarse de un acto de parte que, no obstante, presenta una significativa relevancia frente a los derechos de las víctimas y perjudicados con el delito, el legislador penal, estableció diversos tipos de controles orientados a preservar el acceso a la justicia de estos sujetos procesales. En este sentido, previó que se trata de una solicitud que está regida por el principio de legalidad, toda vez que debe ser formulada con apego a unas causales (Art.332 C.P.P.), acompañada de

un adecuado respaldo probatorio, sometida a una amplia contradicción argumentativa y probatoria, comoquiera que debe ser tramitada en audiencia (Art. 333 C.P.P.), con la participación de las víctimas, el ministerio público y la defensa, y definida por el juez de conocimiento mediante sentencia, que contará con los recursos de ley.

6.5.6. La percepción del fiscal sobre la configuración de una causal de preclusión, no compartida por el juez, no lo inhabilita para continuar impulsando la investigación con miras a una eventual formulación de acusación; por el contrario, su postura institucional de titular de la acción y acusador se verá fortalecida con los elementos que arroje la controversia producida en la audiencia de preclusión, recogidos por el juez de conocimiento en la providencia que niega la solicitud de preclusión.

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

6.5.8. Con fundamento en los imperativos constitucionales que vinculan funcionalmente al fiscal con la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo (Art. 250 C.P.), lo que el orden jurídico espera este servidor público es que una vez su solicitud de preclusión ha sido rechazada por el juez de conocimiento, reconduzca su actividad institucional de investigador y acusador, incorporando los insumos probatorios y jurídicos resultantes de la discusión surtida en la audiencia de preclusión. Asistido por los principios rectores de lealtad, objetividad y corrección procesal debe construir su postura ante el nuevo juez que asumirá el proceso, de acuerdo con la racionalidad que le demarque la evidencia probatoria obrante en el proceso.

6.5.9. El temor del demandante y de quienes apoyan su postura, en el sentido que el criterio expresado por el fiscal acerca de la posible estructuración de una causal de preclusión, no aceptada por el juez, debilita la postura de aquel como investigador y acusador, y redundando en un menoscabo de los derechos de las víctimas a acceder a la justicia y a obtener verdad y reparación, no se sustenta en las normas acusadas, ni en la dialéctica y la racionalidad que orientan el proceso penal, sino que se inscribe en una concepción subjetiva y aprensiva de la manera como el fiscal reasumirá su actividad luego de la fallida solicitud de preclusión.

6.6. En suma, la causal de impedimento prevista en los artículos 56.14 y 335 del C. de P.P.

para el juez que negó una solicitud de preclusión formulada por el fiscal, no se aplica a este último, toda vez que se trata de órganos que desarrollan actos procesales de diversa entidad, para los cuales el orden jurídico establece controles distintos. La actuación del fiscal que formula la fallida solicitud de preclusión es controlada por la exigencia de que sea motivada y esté fundada en evidencias; se tramite en audiencia con intervención de la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado; es resuelta por el juez de conocimiento; se adopta mediante sentencia que puede ser apelada; y debe estar guiada por los principios de lealtad procesal, objetividad y corrección en la actuación procesal.

7. Análisis del cargo de inconstitucionalidad. Inexistencia de una omisión legislativa relativa:

7.1. Según la demanda, la expresión “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio” contenida en el inciso segundo del artículo 335 de la Ley 906 de 2004, entraña una omisión legislativa relativa, comoquiera que permite que un fiscal que ya ha manifestado su criterio sobre la configuración de una causal de preclusión, siga conociendo de este después de que un juez ha negado su solicitud en tal sentido. El impedimento que la norma prevé para el juez que niega la solicitud de preclusión, a juicio del actor, debería hacerse extensivo al fiscal que formuló la fallida solicitud. Dicha omisión sería vulneratoria de los artículos 229 y 250.7 de la Constitución, toda vez que comportaría una limitación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas, así como un menoscabo a sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

7.2. La jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos para que se configure el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, precisando que deben cumplirse cinco exigencias a saber: (a) la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (b) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la omisión en el precepto demandado de un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (c) la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (d) la generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (e) la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.<sup>23</sup>

7.3. Los mencionados presupuestos para la estructuración de una omisión legislativa relativa no concurren en el presente caso como pasa demostrarse.

7.3.1. Respecto del primer requisito (i) sostiene el demandante que la norma de la cual se predica la omisión es la acusada en esta oportunidad. Observa la Corte que aunque el actor

no conformó la proposición jurídica completa, toda vez que el mismo contenido normativo, se reproduce en el numeral 14 del artículo 56 del C.P.P., precepto que no fue atacado, verifica la Corte que el demandante señala una disposición existente en el orden jurídico, respecto de la cual predica la omisión que él considera violatoria de la Constitución. De la interpretación sistemática efectuada en esta providencia, se concluyó que en efecto, fue decisión del legislador establecer el impedimento a que alude la norma, únicamente para el juez.

7.3.2. Para fundamentar el segundo supuesto (ii) sostiene el actor que luego de la negativa del juez a declarar la preclusión, se ve afectada la capacidad tanto del juez como del fiscal para desarrollar sus funciones constitucionales de manera adecuada. Encuentra la Corte que la causal examinada toma en cuenta justamente esa divergente posición institucional que la Constitución reconoce al juez y al fiscal, en donde un órgano solicita y el otro niega la pretensión, y es respecto de este último que se establece el impedimento, toda vez que se trata de un acto jurisdiccional.

7.3.3.. En relación con el tercer presupuesto (iii) el actor sostiene que no existe una justificación objetiva y suficiente que explique el trato diferenciado que la norma prevé en el sentido de permitir al fiscal seguir actuando, pese a su convencimiento de que no hay mérito para acusar, y evitar que el juez lo haga cuando está convencido de que sí lo hay. Al respecto reitera la Sala los argumentos expuestos en el fundamento jurídico 4 de esta providencia en el sentido que el trato diferenciado deviene justamente de las posiciones institucionales diferentes que ocupan tanto el juez como el fiscal dentro del sistema penal de marcada tendencia acusatoria, y de las expectativas también diversas que el orden jurídico tiene respecto de la actuación del juez y del fiscal. De aquel se exige absoluta imparcialidad en la toma de decisiones de clara estirpe jurisdiccional y por ende de naturaleza vinculante, en tanto que de este se espera que recaude la evidencia orientada a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado, y formule la acusación si hubiere lugar a ello. Esta actuación no resulta afectada por la decisión legislativa examinada, comoquiera que, por el contrario, el debate surtido en la audiencia de la fallida preclusión, contribuye a fortalecer su postura de investigador y acusador, la cual debe, además, estar ceñida a los principios de lealtad procesal, objetividad y corrección.

7.3.4. A juicio del actor (iv) se produce una desigualdad injustificada entre la posición del juez y la del fiscal, luego de la negativa a la preclusión. Reitera la Corte que la norma, no establece una desigualdad negativa que afecte el desempeño funcional del fiscal, toda vez que desarrolla las diferencias que la propia Carta perfila entre la posición institucional del juez y el fiscal en el marco de un sistema penal que enfatiza su carácter acusatorio. De hecho la decisión sobre la preclusión fue sustraída de la competencia del fiscal por el A.L. 03 de 2002 para adscribírsele al juez, dada su naturaleza típicamente jurisdiccional; el papel del fiscal se limitó a la formulación de la solicitud, la cual se encuentra sometida a controles diversos al impedimento, compatibles con su naturaleza de acto de parte.

7.3.5. Finalmente, tampoco asiste razón al demandante cuando señala que (v) la omisión acusada implicaría, un incumplimiento de los deberes del legislador, particularmente en lo que concierne al deber de proteger los derechos de las víctimas y garantizarles el acceso real y material a la administración de justicia. El establecimiento de un impedimento del fiscal frente a una fallida solicitud de preclusión, no es la única alternativa con que cuenta el

legislador para garantizar los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, y a obtener verdad y reparación como parece entenderlo el demandante. La actuación del fiscal, específicamente en lo que concierne a la preclusión, está rodeada de una serie de controles tales como la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; su trámite mediante audiencia en la cual se reconoce la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra, y soliciten pruebas para controvertir la petición del fiscal; y la previsión de que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación. Esta fue la técnica utilizada por el legislador para proteger los derechos de las víctimas en la fase de preclusión.

7.4. No concurren en consecuencia, los presupuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa relativa, ni se está frente a una disposición legal incompleta que vulnere las garantías constitucionales consagradas en los artículos 229 y 250.7 de la C.P., a favor de las víctimas, por lo que tampoco hay lugar a restablecer la voluntad del constituyente, no acatada por el legislador. Así las cosas, con fundamento en las consideraciones precedentes la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”, contenida en el inciso final del artículo 335 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, la expresión “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio” contenida en el inciso segundo del artículo 335 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cita apartes de las sentencias C-648 de 2010; C-118 de 2008; C-209 de 2007.

2 Los cargos gozarán de certeza en dos aspectos diferentes: i) en primer lugar, siempre y cuando las acusaciones se realicen respecto de una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, y ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; ii) en segundo lugar, cuando ellos no constituyan inferencias o consecuencias subjetivas derivadas por el actor respecto de las disposiciones demandadas, al extraer de éstas efectos o implicaciones jurídicas que las normas no contemplen objetivamente dentro de su ámbito normativo. En este sentido, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del “texto normativo”. Así las cosas, los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias del demandante respecto de la norma demandada no podrán constituir un cargo cierto (Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011).

3 En la sentencia C-591 de 2005, la Corte se pronunció por primera vez sobre la institución de la preclusión en el marco del sistema penal de tendencia acusatoria. En esa ocasión, la Corte declaró la inexecutable de la expresión “a partir de la formulación de imputación” contenida en el artículo 331 de la Ley 906/04, que determinaba el momento a partir del cual el fiscal debía solicitar al juez de conocimiento la preclusión. Para la Corte dicha expresión posibilitaba que en fase previa a la formulación de imputación, fuese el fiscal quien motu proprio declarara la preclusión, opción que riñe con el nuevo modelo de investigación que radica en el juez, - de garantías o de conocimiento - las funciones típicamente jurisdiccionales, por lo que declaró su inexecutable. En la sentencia C- 209 de 2007, la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión “En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas”, del artículo 333 del C.P.P., en relación con un cargo según el cual se estaban vulnerando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto el segmento normativo acusado, según el demandante, le impedía a aquéllas controvertir adecuadamente la solicitud de preclusión del fiscal. La Corte declaró executable el artículo 333 en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal. En la sentencia C-920 de 2007 la Corte examinó si limitar a dos (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e inexistencia del hecho investigado), las causales que pueden ser invocadas por el fiscal, el defensor y el ministerio público, para solicitar la preclusión durante la etapa de juzgamiento, violaba el derecho de defensa y la garantía de acceso del acusado a la justicia. La Corte declaró la executable del precepto tras considerar que “resulta razonable que el legislador, en uso legítimo del margen de

discrecionalidad con que cuenta para configurar los procedimientos, optara por establecer una regulación más amplia para la preclusión en la fase de investigación, en lo que atañe a los motivos que la autorizan, y una más restrictiva para la fase de juzgamiento, atendiendo para ello de un lado, la naturaleza misma de las causales, y de otro, las exigencias estructurales del sistema". En la sentencia C-118 de 2008 la Corte examinó, entre otras disposiciones, la constitucionalidad de las expresiones "previa solicitud del fiscal" y "el fiscal", del artículo 333 de la Ley 906 de 2004. El actor cuestionó la validez constitucional de la facultad única y excluyente que tiene la Fiscalía General de la Nación para solicitar la preclusión de la investigación y la exclusión de la defensa de la posibilidad de incoar dicha petición ante el juez de conocimiento. Alegó como vulnerados, los artículos 2º, 13, 29, 228 y 229 de la Constitución y 14 del PIDCP y 8º de la CADH. La Corte consideró que la imposibilidad con que cuenta la defensa para solicitar la preclusión del proceso en la etapa de investigación (salvo el caso del artículo 294 del C.P.P.), "no vulnera los derechos del procesado, por cuanto aquélla cuenta con otros escenarios procesales para desplegarse plenamente". Finalmente en la sentencia C-648 de 2010, la Corte inexecutable la expresión "en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal", del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, al considerar que constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto le limita desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal.

4 En esta sentencia la Corte abordó un problema jurídico consistente en establecer si limitar a dos (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e inexistencia del hecho investigado), las causales que pueden ser invocadas por el fiscal, el defensor y el ministerio público, para solicitar la preclusión durante la etapa de juzgamiento, violaba el derecho de defensa y la garantía de acceso del acusado a la justicia.

5 Se trata de una figura procesal con amplia ascendencia en los sistemas procesales de tendencia inquisitiva pues parte de la existencia de una investigación judicializada en la que se han producido pruebas, a partir de las cuales se estructuran las causales que permiten terminar el proceso de manera anticipada, prescindiendo del juicio, en razón a la ausencia de mérito para formular una acusación.

6 Conviene recordar que mediante sentencia C- 591 de 2005, la Corte declaró la inexecutable parcial del artículo 331 que regula la figura de la preclusión. En aquella oportunidad se pronunció respecto de la expresión "a partir de la formulación de imputación" que determinaba la oportunidad en la cual el fiscal debía solicitar al juez de conocimiento la preclusión. Para la Corte dicha expresión posibilitaba una interpretación según la cual en la fase previa a la formulación de imputación, fuese el fiscal quien motu proprio declarara la preclusión, opción que riñe con el nuevo modelo de investigación que radica en el juez, - de garantías o de conocimiento - las funciones típicamente jurisdiccionales, por lo que declaró su inexecutable. Dijo la Corte: "Ahora bien considera la Corte que en lo concerniente a la preclusión de la investigación, en los términos del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, acusa el mismo problema constitucional advertido, en cuanto esta norma prevé la intervención del juez de conocimiento para su adopción sólo a partir de la imputación, existiendo la posibilidad de que aún en la etapa previa esta determinación sea tomada por el fiscal respectivo. Así las cosas para guardar plena armonía con las decisiones adoptadas respecto de la extinción de la acción, considera necesario un pronunciamiento -

de inexecutable parcial - en relación con el artículo 331 mencionado.

7 ARTÍCULO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. 3. Inexistencia del hecho investigado. 4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

8 (...) 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. (...) 3. Inexistencia del hecho investigado.

9 La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. (Sentencia C-920 de 2008).

10 Sentencias T-176 de 2009, T-080 de 2006, T-266 de 1999; Autos A-039 de 2010, y A-169 de 2009.

11 Corte Constitucional, sentencia T- 080 de 2006, reiterada en auto 169 de 2009.

12 Corte Constitucional, sentencias T-176 de 2008.

13 Ibídem.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi vs. Perú (1999).

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paramana Iribarne vs. Chile (2005). Fundamentos jurídicos 146 y 147.

16 Ver: Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28. No publicado.

17 Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. Sobre este punto la Corte Europea ha desarrollado una extensa jurisprudencia (Casos DE Cubre, Hauschildt, entre otros).

18 Idem.

19 64). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea D.H., caso Hauschildt del

24 de mayo de 1989, serie A n° 154, p, 21, par. 48.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Malary vs. Haití (2002). Fundamentos jurídicos 74 y 75.

21 En la sentencia C-1194 de 2005, la Corte describió así el nuevo papel institucional del fiscal: “A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991 (...) en el que la Fiscalía ejercía -a un tiempo- función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa”.

23 Sobre el tema de la omisión legislativa relativa pueden consultarse entre numerosas sentencias, las siguientes: C-539 de 2011, C-936 de 2010, C-192 de 2006, C-073 de 2006, C-045 de 2006, C-833 de 2006, C-1230 de 2005, C-061 de 2005, C-800 del 2005, C-509 de 2004, C-809 de 2002, C-185 de 2002, C-427/2000, C-1549/2000, C-1549 de 2001, C-1255 de 2001, C- 675 de 1999, C-146 de 1998 y C-543 de 1996,