



Radicado. 20157760000211
03/03/2015

Página 1 de 1

DNEAC 0131

Bogotá, D.C.

Honorable Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Sala Plena
Bogota D.C

ASUNTO: Expediente D-10594. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Respetados Magistrados y Magistradas,

Adjunto a la presente comunicación las consideraciones expuestas por la Fiscalía General de la Nación respecto de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, para que sean tenidas en cuenta en el proceso de la referencia.

De los honorables magistrados y magistradas,

JAVIER TOVAR MALDONADO
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales

DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES

DIAGONAL 22B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52-01 BLOQUE C PISO 3 BOGOTÁ, D.C.
CONMUTADOR 5702000-4149000 Exts. 3033 FAX 2264
www.fiscalia.gov.co



Bogotá D.C., 3 de marzo de 2015

Honorables Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Sala Plena
E. S. D.

Referencia: Expediente D-10594 Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”

Demandante: Isabella del Río Nadjar

M. P.: María Victoria Calle Correa

Respetados Magistrados y Magistradas,

JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.738.338, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 9° del Decreto 016 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”¹, de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso con el fin de pedir a esta Corporación **QUE SE DECLARE INHIBIDA**, o en caso de que decida pronunciarse de fondo, declare **LA EXEQUIBILIDAD** del inciso segundo del

¹ Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación. Decreto-Ley 016 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”.



artículo 79 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

En consecuencia, la intervención estará dividida de la siguiente manera: En primer lugar, se hará un breve resumen de los principales fundamentos de la demanda. Luego se procederá a desarrollar las razones por las cuales la Corte Constitucional debería declararse inhibida. Después se presentarán los argumentos que sustentan la constitucionalidad de la norma. Y, por último, se harán unas consideraciones finales sobre el caso planteado por la parte actora.

I. EL OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

1. La norma demandada

La demandante busca que se declare la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, que dice lo siguiente:

“Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”. (Subrayado fuera del texto original).



2. Normas Constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación

El escrito de demanda plantea que la norma acusada desconoce los artículos 1°, 29 y 93 de la Constitución Política. A su juicio el valor de la dignidad humana proclamado por la Carta es transgredido por el legislador, porque no estableció un límite cierto para la investigación penal por parte de la Fiscalía cuando haya nuevos elementos probatorios que lo ameriten. El efecto de esta exclusión es que el indiciado siempre estará sujeto a la apertura de un expediente en su contra, lo cual lleva a que la persona no sea el fin del Estado, sino tan solo un medio para cumplir con la obligación de perseguir a los supuestos responsables de delitos.

A juicio de la actora, el artículo 29 de la C.P. deja en claro que nadie puede ser sometido a dilaciones injustificadas al ser juzgado. En ese orden de ideas, el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 deja abierta la posibilidad para que no se resuelva la situación jurídica de una persona indiciada de una forma expedita y cierta. Por tanto, habría una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, el cual tiene un carácter jerárquico superior a la ley.

Por último, la accionante señala que habría una infracción del artículo 93 de la C.P., en la medida en que contraviene tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado colombiano. De forma más concreta, la fracción del artículo demandado desconocería los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sobre garantías judiciales, y los artículos 9 y 14-3 c del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que prohíben las demoras innecesarias en los procesos judiciales que se adelanten en contra de cualquier persona.

Con base en estos argumentos, la peticionaria concluye que se configuró una omisión legislativa relativa, pues el Congreso dejó por fuera de la ley una serie de criterios esenciales del derecho fundamental al debido proceso y a la dignidad humana reconocidos

en la C.P. y los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, pues la posibilidad que tiene el fiscal de reabrir la investigación en cualquier momento, mientras no prescriba la acción penal, es considerada un aplazamiento injustificado para determinar de manera rápida y adecuada la situación jurídica del posible procesado.

3. Problema jurídico

La enumeración de las razones expuestas le plantean a la Corte Constitucional el siguiente problema jurídico: ¿Existió una omisión legislativa relativa -violatoria de los artículos 1º, 29 y 93 de la Constitución Política- al dejar indeterminado el número de veces que la indagación penal pueda ser reanudada?

II. ARGUMENTO QUE FUNDAMENTA LA SOLICITUD DE INHIBICIÓN

1. El cargo relativo a la omisión legislativa relativa no cumple los requisitos establecidos por la Corte para que proceda su estudio de fondo

La Corte Constitucional ha determinado que existen dos tipos de omisiones legislativas. La omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa. En relación con las primeras, la jurisprudencia ha señalado que el juez constitucional no es competente para pronunciarse, pues no existe una norma jurídica sobre la cual hacer el examen de constitucionalidad.

Sin embargo, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, la doctrina constitucional ha hecho referencia al déficit en que incurrió el legislador al proferir una disposición determinada. Esa situación se materializa cuando el Congreso actúa de manera incompleta,



porque incluyó algunas situaciones de hecho, pero dejó por fuera otras que estaban bajo supuestos o características similares. En este sentido, el control de constitucionalidad es procedente debido a la vulneración del derecho a la igualdad o del debido proceso, entre otros.

El Tribunal Constitucional ha prescrito una serie de parámetros para identificar si una norma jurídica puede ser acusada si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa. Al respecto la Corte ha señalado lo siguiente:

“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.”².

Estos requisitos exigen del demandante un esfuerzo argumentativo significativo, ya que es necesario señalar de manera clara, y a través del procedimiento descrito por el Tribunal Constitucional, la falta que cometió el Congreso al momento de regular una materia determinada.

A la luz de estas ideas es claro que el escrito de la demandante no cumple con estos parámetros, lo cual se buscará demostrar a continuación:

a) La ciudadana demandante señala que el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 es inconstitucional, por cuanto del mismo se predica una omisión legislativa relativa.

b) Con todo, no logra demostrar de qué manera la disposición acusada se encuentra en tensión con los preceptos constitucionales ni con los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia. En efecto, la norma demanda no puede equipararse al fenómeno de la preclusión, pues en esta se hace una calificación objetiva y subjetiva del hecho que generó la pesquisa penal. Por ende, cuando el fiscal solicita la preclusión de la investigación se da el fenómeno de la cosa juzgada y no puede reabrirse la investigación por los mismos hechos y vincular procesalmente a las mismas personas, en desarrollo del principio *non bis in idem*.

El artículo 79, por su parte, regula lo atinente al archivo de las diligencias, institución procesal diferente a la preclusión descrita en el párrafo anterior, pues en caso de archivo, el fiscal ordena el cese de la investigación penal si no encuentra elementos de prueba que le indiquen que se cometió un delito. Por tanto, el fiscal en este

² Sentencia C-881 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



momento del proceso solo hace valoraciones de carácter objetivo, es decir, evalúa si el hecho puede adecuarse a uno de los tipos penales descritos por la ley.

Por otro lado, la norma no le prohíbe al eventual autor de la conducta punible presentar las pruebas que considere pertinentes con el fin de demostrar su inocencia, hacer las declaraciones necesarias para desvirtuar los indicios que puedan incriminarlo, etc. Así, no logra la accionante acreditar que la disposición objeto de cuestionamiento es contraria al debido proceso, la presunción de inocencia, ni la igualdad de armas, presentes en la norma del Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, es necesario poner de presente que en la demanda tampoco aparece bien estructurado el cargo relativo a la presunta vulneración de la garantía a un recurso judicial efectivo consagrado por el artículo 8° de la CADH y los artículos 9° y 14-3 c del PIDCP, comoquiera que la investigación preliminar que hace el fiscal no conlleva la certeza de una acusación en contra del indagado, sino que está enderezada a determinar la ocurrencia de un hecho que desconoce lo ordenado por la ley penal.

La tesis anterior implica que la interpretación que hace la parte actora de los preceptos del Bloque de Constitucionalidad no es adecuada, pues equipara este momento del proceso penal con las etapas posteriores del mismo, donde el procesado ya está vinculando de manera formal al proceso y es requerido por la administración de justicia para que dé cuenta de sus acciones. Es en este momento del procedimiento penal donde los tratados de DDHH establecen que no puede haber dilaciones injustificadas, porque se afectan otros derechos de una manera cierta, y por ende, es necesario que el aparato de justicia decida en un tiempo razonable si una persona fue responsable de un delito o no con el fin de que termine la carga que impone para el ciudadano la apertura formal de una acción penal.

c) La norma demanda cumple con el principio de razón suficiente en la medida en que no hace exclusiones de ningún tipo, pues tanto las víctimas como los probables procesados pueden acudir ante el fiscal para aportar las pruebas que puedan soportar el inicio de la acción penal o el cierre definitivo de la investigación por la ausencia de indicios necesarios y suficientes en contra del indagado.

Tampoco es cierta la afirmación de la demandante, según la cual, el precepto legal deja al arbitrio del fiscal la posibilidad de reabrir la investigación, ya que la norma es clara al decir que la indagación sólo podrá reanudarse si hay nuevos elementos de prueba o una valoración distinta de los mismos. De lo contrario, deberá seguir cerrada. Esto obliga a que el funcionario del ente acusador tenga la obligación de motivar su decisión de reapertura de la investigación.

En suma, las actuaciones del fiscal no quedan por fuera del control del ordenamiento jurídico como lo plantea la accionante, sino que son susceptibles de ser controladas por las partes en cada uno de los desarrollos del proceso.

d) El inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en opinión de la demandante, genera una desigualdad negativa. No obstante, el cargo esgrimido tampoco consigue generar una duda sobre el supuesto desconocimiento del principio de igualdad por parte del precepto acusado. Tal y como se desarrolló en el argumento anterior, la norma no le prohíbe ni a las víctimas ni a los presuntos responsables llevar ante el fiscal todos los elementos de prueba para que este pueda determinar si ocurrió o no un delito, e impulsar el proceso hasta la vinculación formal del proceso.

De otra parte, la demandante no consigue exponer ante la Corte la razón por la cual la preceptiva legal vigente genera una discriminación negativa. El escrito supone que la falta de regulación del número de veces que el fiscal puede iniciar la indagación si hay nuevos elementos de prueba, genera una desigualdad entre el procesado y el ente acusador. Sin embargo, es necesario tener en



cuenta que la posibilidad de volver a abrir un proceso penal no es solo una prerrogativa del fiscal, sino también de las víctimas, que son el eje de protección del proceso penal.

En efecto, en la sentencia C-1154 de 2005³, en la cual la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la norma demandada, esa Corporación consideró que el fiscal, al momento de decidir el archivo de la investigación, debe tener en cuenta lo siguiente:

“La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos.”

Al contrario de lo que está expuesto en el escrito de la demanda, del razonamiento esbozado por la jurisprudencia constitucional, se extrae que la norma puede servir para garantizar los derechos de las víctimas, pues si la norma fuera restrictiva en relación con un número determinado de veces en que proceda el desarchivo de la indagación, entonces las víctimas podrían quedarse sin conocer lo ocurrido, y se desconocerían los principios de verdad, justicia y reparación, pilares del proceso penal.

La Corte ha indicado al respecto lo siguiente⁴:

³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

“17- No existe pues ninguna duda sobre el reconocimiento e importancia que tienen los derechos de las víctimas en el ordenamiento constitucional colombiano. Y es que en un Estado social de derecho, que consagra como principios medulares la búsqueda de la justicia (CP preámbulo y art. 2) y el acceso a la justicia (CP art. 229), “el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado -esto es en función de quien padece el proceso- sino que debe también hacer efectivos los derechos de la víctima -esto es de quien ha padecido el delito-”, puesto que “la víctima es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal”⁵.

En consecuencia, el cargo planteado en relación con este punto, tampoco satisface el requisito de suficiencia, en la medida en que no logra suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada. Esto, por cuanto no es claro que el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 sea una norma que menoscabe un derecho fundamental, sino que apunta más bien a la protección del derecho de las víctimas a que se conozca la verdad de lo sucedido.

e) No existe la ausencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador al no establecer de manera puntual el número de veces que un fiscal puede reabrir una indagación si encuentra nuevas pruebas que le indiquen la posible comisión de un delito. La demandante se limita a repetir la explicación que dio en el punto anterior sobre el peso desmedido que tiene que soportar un ciudadano si el fiscal puede iniciar la *investigación* penal un número ilimitado de veces. Sin embargo, de

⁵ [Nota al pie num. 18 en la sentencia que se transcribe] Ver salvamento de voto de los magistrados Cifuentes, Martínez, Barrera y Morón a la sentencia C-293 de 1995. Ver en el mismo sentido las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002, que retoman las tesis sostenidas en ese salvamento.



esa afirmación no se puede colegir que dicha situación represente por sí misma el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso. Uno de los deberes del demandante es demostrar la forma deficiente en que este aspecto fue regulado por el Congreso, si es que esta existió, por lo que, pretender que sea el juez constitucional quien advierta la falla del legislativo, es trasladar al Tribunal una obligación que no le corresponde, pues cuando se recurre a una acción pública de inconstitucionalidad su control sobre las normas jurídicas no es oficioso.

En suma, este ejercicio muestra que la peticionaria no cumplió con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para establecer si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, pues no precisó de una manera adecuada que la regulación vigente haya generado situaciones de desigualdad negativa o la vulneración de alguno de los derechos consagrados en la Constitución Política.

2. El cargo sobre desconocimiento del precedente constitucional parte de una concepción imprecisa de este

La peticionaria afirma que la Corte debe ser coherente con sus precedentes, y que si el Tribunal ya decidió sobre un caso similar, entonces debe seguir la regla que estableció en esa jurisprudencia. Sin embargo, este aserto no es preciso.

La sentencia a la que hace referencia la peticionaria es la C-042 de 1993 en donde se estudió la constitucionalidad de la investigación previa que está consagrada en el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991. El artículo comentado decía que el fiscal podía tener abierta una investigación previa sin límite de tiempo, siempre y cuando no hubiera elementos materiales de prueba para proferir una resolución inhibitoria o para iniciar el proceso penal a través de una indagatoria.



En aquella decisión, la Corte encontró que esa norma era inconstitucional porque no establecía un plazo cierto para que el fiscal cerrara la investigación previa. Por tanto el ciudadano siempre quedaba a merced del ente acusador, ya que las investigaciones previas no tenían un plazo definido para cerrarse.

El artículo 79, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004 no tiene una hipótesis semejante como para que extrapole sin más la argumentación de la Corte al caso comentado. Las diferencias son múltiples y serán señaladas a continuación.

En primer lugar el Decreto 2700 de 1991 era característico de un sistema penal inquisitivo, donde el fiscal investigaba y calificaba la conducta de los sujetos procesales durante la etapa de instrucción. Por tanto, tenía una potestad amplia para investigar y juzgar. El procedimiento penal consagrado por la Ley 906 de 2004 es diferente, ya que al ser un sistema acusatorio, el fiscal durante la etapa preprocesal y procesal presenta al juez sus investigaciones con el fin de que sea este quien determine si existieron los elementos que conforman la comisión de un delito. Por ende, no se pueden extender las tesis de que la regla establecida por la Corte en ese momento es aplicable al nuevo estatuto de procedimiento penal, pues son dos formas diametralmente opuestas de entender el procedimiento penal.

En segundo lugar, la norma que motivó la decisión de la Corte Constitucional no establecía un plazo cierto para el fin de las investigaciones previas. Dejaba en total libertad al funcionario para determinar si archivaba o continuaba con la acción penal. La situación presentada por la Ley 906 de 2004 es diferente, porque si bien el fiscal en la etapa previa puede abrir el caso la cantidad de veces que lo estime necesario, no tiene la misma libertad que el fiscal del Decreto 2700 de 1991, por tres razones: a) la primera es que debe tener nuevos elementos de prueba o una nueva valoración probatoria, que permitan establecer con cierto grado de certeza que la investigación debe reanudarse; b) esa decisión debe ser motivada,



y en consecuencia, puede ser controvertida por las partes del proceso, es decir, que el funcionario está restringido y no tiene las libertades propias del anterior sistema inquisitivo; y c) que la norma demandada le da límite cierto al fiscal, pues prescrita la acción penal ya no puede desarchivar la investigación por los mismos hechos.

De esta manera, la regla establecida en esa sentencia por la Corte no puede utilizarse bajo este mismo caso, pues las dos normativas son muy diferentes, donde es claro que la ley penal más garantista de los derechos del indagado es la segunda.

III. ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA SOLICITUD DE EXEQUIBILIDAD

En caso de que la Corte Constitucional decida pronunciarse de fondo, se presentarán unos argumentos con el fin de solicitar que declare la exequibilidad del inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

1. El contenido normativo demandado garantiza el derecho de defensa del indagado y los derechos de las víctimas

La Corte Constitucional ha dicho que un precepto legal que busque garantizar o maximizar la protección de los derechos fundamentales tiene una presunción de constitucionalidad⁶.

La peticionaria afirma que la ausencia de regulación del legislador del número de veces que el fiscal puede abrir la investigación es una carga que el procesado no debería soportar, pues hasta que prescriba la acción penal siempre tendrá la posibilidad de ser investigado por el ente acusador. De allí deduce que hay una vulneración al derecho

⁶ En sentencia C-639 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) La Corte señaló que “gozan de presunción de constitucionalidad las medidas que anteponen la pretensión de garantizar de manera más satisfactoria los derechos fundamentales”.



fundamental al debido proceso porque no queda resuelta la situación jurídica del indagado.

Sin embargo, esa proposición no es del todo exacta por lo siguiente. En primer lugar, porque la norma no impide al indagado ejercer sus derechos fundamentales, como el derecho de defensa. En segundo lugar, comoquiera que en esta etapa del proceso el fiscal se limita a verificar si objetivamente ocurrió un hecho delictivo, y todavía no procede a hacer una calificación de la actuación de la persona que está siendo investigada.

Por tanto, no es claro que haya una vulneración de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, pues en cualquier momento puede acudir ante el fiscal a presentar los elementos de prueba que le sean favorables y aún no se han tomado decisiones que menoscaben sus derechos constitucionales.

Este precepto legal, en principio, no es contrario a los derechos del indagado, además de lo cual tiene la virtud de ser una norma jurídica que otorga a las víctimas la posibilidad de presentar pruebas para impulsar la actividad de la Fiscalía, con el fin de que establezca la verdad de un hecho antijurídico. En esa medida, la norma protege los derechos fundamentales del otro centro gravitacional del proceso penal que son las víctimas, las cuales acuden al proceso penal con el fin de que el daño sufrido a manos del victimario sea reparado.

En consecuencia, la norma ayuda a maximizar los derechos fundamentales de las víctimas de acceso a la administración de justicia, a conocer la verdad de lo sucedido, a que se haga justicia contra el posible perpetrador de un crimen y a la reparación por los daños sufridos. A la par, permite al indagado, ejercer su derecho de *defensa*, como una garantía fundamental del debido proceso.

Por ende, esta es una norma que permite un nivel mayor de cuidado de los derechos fundamentales, y que no va en desmedro de las garantías constitucionales del posible procesado.

2. Limitar el número de veces que se puede reanudar las diligencias implicaría el desconocimiento de nuevos elementos probatorios indicativos de la existencia de un delito y la obligación de investigarlo penalmente

Según lo expuesto a lo largo de la presente intervención, para que proceda el archivo de diligencias, es necesario que se dé una de dos circunstancias: (i) que los hechos no hayan existido o, (ii) que no se puedan caracterizar como delito.

Sobre el estudio que realiza el fiscal a la hora de tomar la decisión de archivar o no una diligencia, la Corte Constitucional ha considerado que este se dirige a la verificación de la tipicidad objetiva. En ese sentido, ha señalado que:

“No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo”⁷.

Ahora bien, el archivo de una diligencia no reviste el carácter de cosa juzgada, en consecuencia, se podrá reanudar la indagación en aquellos casos en los que surjan nuevos elementos probatorios que no hubieran sido conocidos por el fiscal al momento de disponer el archivo.

Esta previsión resulta ser una aplicación del artículo 250 superior que dispone para la Fiscalía General de la Nación 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

⁷ Sentencia C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. Estos hechos pueden llegar a su conocimiento bien sea por medio de denuncia, petición especial, querrela o podrá esta entidad iniciar de oficio la investigación.

En virtud de lo anterior, la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal (salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad). Por ende, estos eventos son excepcionales y será el legislador el encargado de determinarlos.

Sin embargo, tratándose del archivo de diligencias, la Corte ha dicho que este no consiste en una suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal, pues el fiscal se encuentra en un momento previo a su ejercicio en el cual se hace una averiguación preliminar de los hechos y se verifica la existencia de unos presupuestos mínimos para ejercerla⁸.

Ahora, el hecho de que la decisión de archivo de un asunto no implique una renuncia a su investigación y seguimiento penal y, por lo tanto, un incumplimiento del mandato superior, esto no quiere decir que la Fiscalía pueda arbitrariamente desconocer o desechar elementos probatorios indicativos de la comisión de un delito que sobrevengan al archivo de la diligencia por haberse reanudado más de una vez.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la aparición de nuevos elementos probatorios no depende exclusivamente de la labor investigativa del despacho que adelante la indagación o la policía judicial adscrita al mismo, sino que puede tener origen en otras investigaciones, labores de policía, información obtenida por justicia transicional, entre otros, que son completamente ajenos a la voluntad o control del fiscal que en su momento ordenó el archivo.

⁸ Ibidem.



Con base en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación considera que no se debe limitar el número de veces que el fiscal puede reanudar la indagación ni la duración de la misma, toda vez que siempre que surjan nuevos elementos probatorios será imperativo que el fiscal revoque el archivo. Esto es así, comoquiera que, si bien en esta etapa de la investigación no se ejerce propiamente la acción penal, los resultados de la misma, sí resultan ser su presupuesto.

IV. CONCLUSIONES

1. El cargo de omisión legislativa relativa planteado por la demandante no cumple con los requisitos de claridad, especificidad, certeza, pertinencia y suficiencia que la Corte Constitucional exige para hacer un pronunciamiento de fondo.
2. Al igual que en el caso anterior, el cargo esgrimido por desconocimiento del precedente constitucional, parte de un entendimiento errado sobre este concepto, toda vez que asume como precedentes para el presente caso, sentencias contra otras disposiciones que no resuelven el problema jurídico que aquí se plantea.
3. A pesar de las deficiencias advertidas en la demanda, en caso de que la Corte Constitucional encuentre mérito para hacer un pronunciamiento de fondo, la Fiscalía General de la Nación deja sentada su posición, según la cual, el contenido normativo atacado se ajusta a la Constitución, al menos con base en dos argumentos principales: i) la posibilidad de reanudar las diligencias de indagación garantiza no solo los derechos de las víctimas de acceso a la administración de justicia, verdad y reparación, sino que también garantiza al sujeto pasivo de la acción penal el pleno ejercicio de las garantías propias del debido proceso, dentro de las que se encuentra, el derecho de defensa; ii) tal posibilidad procesal permite al ente acusador tener en cuenta nuevos elementos probatorios indicativos de la existencia de un delito, lo cual se ajusta



a la función constitucional que le asigna el artículo 250 superior. Por el contrario, la restricción en la reanudación de la indagación implica el incumplimiento de su obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito.

V. SOLICITUD

Con fundamento en los argumentos señalados, solicito de manera respetuosa a esa Honorable Corporación declararse INHIBIDA, o en caso de que decida pronunciarse de fondo, declare **LA EXEQUIBILIDAD** del inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

VI. ANEXOS

- Acta de Posesión de 14 de agosto de 2014, en un (1) folio.
- Resolución No. 0-1424 de 14 de agosto de 2014, en dos (2) folios.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones que sustentan mi respetuosa solicitud.

De los honorables magistrados y magistradas,



JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO

Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales
Fiscalía General de la Nación