



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

**RELEVANTE
SALA DE CASACIÓN PENAL**

M. PONENTE	: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
NÚMERO DE PROCESO	: 48759
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP336-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 25/01/2017
DECISIÓN	: CONFIRMA
DELITOS	: Prolongación ilícita de privación de la libertad
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 250 / Ley 599 de 2000 art. 26, 82 y 83 / Ley 906 de 2004 art. 79

ASUNTO:

La Sala en esta oportunidad debe resolver el siguiente problema jurídico propuesto por el fiscal recurrente: ¿En aquellos eventos en que la Fiscalía ha emitido una orden de archivo por atipicidad objetiva, resulta necesario que el juez de conocimiento emita o profiera una decisión judicial en la que declare prescrita la acción penal?

TEMA: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: recursos, legitimación, la detenta quien dispone de la facultad para solicitar la preclusión

«Conforme al criterio establecido por esta Corporación, relevante resulta precisar que el a quo erró al conceder el recurso de apelación al abogado defensor de la indiciada, pues al no disponer de la facultad de promover la petición de preclusión en esta fase preprocesal, tampoco tiene legitimidad para apelar la decisión emitida por el Tribunal el pasado 16 de agosto.

Respecto a éste tópico la Sala ha considerado:

“La solución debe ser la misma en cuanto a la interposición de recursos se refiere. Así, la parte llamada a mostrar inconformidad con la decisión es



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervenientes deben atenerse a los criterios de impugnación expuestos por la Fiscalía, para seguidamente actuar en idéntica condición a la precisada en el anterior aparte, esto es, como no recurrentes, para respaldar su recurso o enfrentarlo, no para intentar uno novedoso.” (CSJ, AP 1 jul 2009, rad. 31763 y AP 15 julio 2009 rad. 31780.)

De manera que la Sala se abstendrá de resolver la impugnación de la defensa, pero atenderá sus argumentos como provenientes de un sujeto procesal no recurrente».

ACCIÓN PENAL - Supone la existencia de una conducta típica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: procedencia, sólo cuando la conducta no configura los elementos objetivos de un delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: supone la atipicidad objetiva de la conducta, por lo que no es necesario luego solicitar la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no tiene efectos de cosa juzgada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias: no hay ejercicio de la acción penal, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, prescripción de la acción penal, no procede respecto a casos previamente archivados por la fiscalía

“[...] la regla general indica que la acción penal solo se activará en aquellos eventos en que se constate o verifique que los hechos denunciados revisten las características de un delito o, mejor aún, cuando la conducta denunciada se adecua a alguno de los comportamientos descritos en la legislación penal sustantiva y, por tanto, es típica objetivamente.

La Corte Constitucional ha dejado claro que la persecución penal o el ejercicio de la acción penal, presupone la existencia de una conducta típica o, lo que es lo mismo, que se esté frente a “hechos que revistan las características de un delito” (Art. 250 C.N.) [...].

[...]

Claramente se evidencia, entonces, que con la implementación del nuevo sistema procesal con tendencia acusatoria, cambió el concepto de “acción penal” que se tenía en el sistema de corte inquisitivo anterior [...].



[...]

En efecto, en el transrito pronunciamiento se despejó la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la «orden de archivo». Explícitamente se determinó que la orden de archivo no es una decisión judicial, y por tanto no pueden predicarse de ella efectos de cosa juzgada.

Luego, entonces, si la Fiscalía carece de funciones judiciales en esta fase pre-procesal a la que se le denominó: “indagación”, en consideración a que en ésta se adelantan pesquisas o averiguaciones con la exclusiva finalidad de determinar o lograr establecer si se debe o no adelantar el ejercicio de la acción penal ¿Cuál es, entonces, su naturaleza jurídica? La Corte Constitucional respondió a ese interrogante en la sentencia C-1154 de 2005, pues en esta oportunidad al demandarse por inconstitucional el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, precisó:

“[...]

En el archivo de las diligencias no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal, pues para que se pueda ejercer dicha acción se deben dar unos presupuestos mínimos que indiquen la existencia de un delito. Así, hay una relación inescindible entre el ejercicio del principio de oportunidad y la posibilidad de ejercer la acción penal por existir un delito, ya que lo primero depende de lo segundo. Pero para poder ejercer la acción penal deben darse unos presupuestos que indiquen que una conducta sí puede caracterizarse como un delito. Por lo tanto, cuando el fiscal ordena el archivo de las diligencias en los supuestos del artículo 79 acusado, no se está ante una decisión de política criminal que, de acuerdo a unas causales claras y precisas definidas en la ley, permita dejar de ejercer la acción penal, sino que se está en un momento jurídico previo: la constatación de la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito.

El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 regula de manera específica el archivo de las diligencias por parte del fiscal. Esta norma dispone que ante el conocimiento de un hecho el fiscal debe i) constatar si tales hechos existieron



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

y ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito. Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atenientes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

(...)

[La orden de archivo] Tampoco se trata de una preclusión pues ésta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito. Igualmente, el análisis que advierte la preclusión puede comprender la constatación de causales eximentes de responsabilidad entre otros, lo que no es posible para el análisis del archivo de las diligencias que se restringe a los elementos objetivos del tipo, como quiera que no hay elementos para caracterizar la conducta o para creer que éste ocurrió frente a los cuales sea posible examinar la conducta del indiciado.

(...)

Adicionalmente, el artículo prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción. Por lo tanto, el archivo de las diligencias no reviste el carácter de cosa juzgada. Así, el archivo de las diligencias previsto en el artículo 79 bajo estudio, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

La previsión de la reanudación de la investigación busca también proteger a las víctimas. Éstas, al igual que el fiscal, en cualquier momento pueden aportar elementos probatorios orientados a mostrar la existencia de la tipificación objetiva de la acción penal o la posibilidad de su existencia, lo que de inmediato desencadenaría la obligación de reanudar la indagación.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

(...)

La decisión de archivo de las diligencias, independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificada como una orden... y procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al Fiscal. 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. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma.” (Subrayas y negrillas fuera del texto principal).

Adicionalmente, como se advierte en la cita anterior, cuando la Fiscalía emite una orden de archivo no ejerce la acción penal, porque no está frente a hechos con peculiaridades aparentemente delictivas; reiterase que la orden de archivo se produce precisamente porque el ente acusador ha podido descartar la necesidad de ejercer la acción penal al constatar que las circunstancias fácticas sobre las que se adelantó la indagación o pesquisas no se adecuan a los elementos objetivos de los tipos penales contenidos en la legislación penal, o lo que es igual, no permite “su caracterización como delito” o no son indicativas de «su posible existencia como tal”.

Esa es la razón por la cual no es dable entender que se trate de iniciación o prosecución de la acción penal que imponga, en consecuencia, por el curso del tiempo, acudir ante el juez de conocimiento para decretar la prescripción, en cuanto, claramente, no es el hecho el que prescribe, sino el ejercicio de la jurisdicción.

[...]



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

En consonancia con los criterios jurisprudenciales anteriormente reseñados, dos normas de la legislación penal sustantiva nos confirman que a la prescripción precede el concepto de acción penal y a este, a su vez, el de conducta típica; ellos son los artículos 82 y 83 de la Ley 599 de 2000.

[...]

De las normas previamente trascritas es posible concluir que si la prescripción de la acción penal es la sanción que se le impone al Estado porque fue incapaz de agotar el ejercicio de la facultada punitiva dentro del término previamente establecido en la ley, tal concepto no es abstracto. Por el contrario, solo puede definírselo o determinarse a partir de la adecuación que de los hechos indagados se haga en alguna de las conductas jurídico penalmente desaprobadas contenidas en el código penal, toda vez que para el cálculo del lapso prescriptivo es tan relevante la naturaleza del comportamiento punible (acción/omisión, de ejecución instantánea/permanente) como los extremos punitivos previstos en cada tipo penal.

[...]

Descendiendo a las particularidades planteadas por el recurrente en su solicitud, se advierte con nitidez que en el presente caso no se adelantó la investigación penal porque la Fiscalía encontró que los hechos por los cuales se compulsaron copias contra la funcionaria denunciada no reunían las características propias de ningún delito, luego tampoco puede entenderse la concurrencia de una situación posterior a la orden de archivo que encaje en los presupuestos exigidos para decretar la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal.

[...]

En síntesis, con el criterio que aquí se adopta en manera alguna se afecta el principio de seguridad jurídica que emerge de la cosa juzgada, empero si se fija una regla razonable conforme a la cual para solicitar la preclusión de una actuación es necesario que la Fiscalía, como ente de persecución penal que es, considere que se está frente a hechos penalmente relevantes. De suerte que los casos que hayan sido archivados por el ente acusador tras considerarlos carentes de tipicidad objetiva no ameritan ser llevados al juez para que decrete la preclusión por prescripción de la acción penal. No



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

obstante, si en alguno de ellos se reactiva la investigación con fundamento en un elemento de convicción nuevo que indique la posible configuración de un determinado delito, ahí si corresponderá a la Fiscalía examinar el tiempo transcurrido y de estimar que ha operado el fenómeno prescriptivo, solicitará al juez de conocimiento que realice el pronunciamiento preclusivo de rigor, el cual hará tránsito a cosa juzgada».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: C-591 | Fecha: 09/06/2005 | Tema: ACCIÓN PENAL - Supone la existencia de una conducta típica

Rad: C-1154 | Fecha: 15/11/2005 | Tema: ACCIÓN PENAL - Supone la existencia de una conducta típica

Rad: 31763 | Fecha: 01/07/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: recursos, legitimación, la detenta quien dispone de la facultad para solicitar la preclusión

Rad: 31780 | Fecha: 15/07/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: recursos, legitimación, la detenta quien dispone de la facultad para solicitar la preclusión

Rad: C-893 | Fecha: 31/10/2012 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preclusión de la investigación: imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, prescripción de la acción penal, no procede respecto a casos previamente archivados por la fiscalía
