

ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS - Sólo es admisible cuando no se estructuran los presupuestos del tipo objetivo

Número de radicado	:	37205
Fecha	:	21/09/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] es necesario que esta Sala realice unas precisiones preliminares sobre la posibilidad otorgada a la Fiscalía para ordenar el archivo del expediente del que conozca en una indagación preliminar, facultad otorgada por el artículo 79 de la ley 906 de 2004 que a su tenor literal indica:

“Artículo 79. 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”.

Esta norma fue objeto de control de constitucionalidad mediante la sentencia C-1154 de 2005 en la cual la Corte Constitucional indicó las diferencias entre el principio de oportunidad y el archivo de diligencias ya que la primera se materializa ante la evidente existencia de un delito y la segunda se presenta cuando dicha tipicidad no se estructura. Señaló dicha corporación:

“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”.

De otra parte sostuvo que el archivo de las diligencias sólo es admisible cuando no se encuentran los presupuestos del tipo objetivo, esto es que el hecho investigado no reúne los elementos previstos en la norma penal y en tanto no puede ser caracterizado como delito. Este argumento sirve de base para diferenciar el archivo de las diligencias con otros mecanismos de terminación del proceso penal como es la preclusión, el principio de oportunidad o el desistimiento al referirse a los delitos querellables.

Es importante indicar que la exequibilidad de la norma en cuestión está condicionada a una interpretación específica a la que debe someterse el funcionario judicial y que fue indicada por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

*“La orden de archivo de las diligencias 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”.* (Resaltado añadido)¹

Se concluye del texto citado que la orden de archivo emitida por el fiscal sólo es admisible cuando tras hacer una valoración objetiva de los *motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito* se encuentra que el hecho indagado no comporta un injusto penal. Esta interpretación dada a la norma procesal penal fue complementada por esta Sala en auto de 5 de julio de 2007 en donde se puntualizaron algunos supuestos en los que la Fiscalía podía aplicar el artículo 79, así como otros en donde no resulta admisible el archivo de las diligencias, precisión necesaria debido a la asimilación que hizo la Corte Constitucional del término *“motivos y circunstancias fácticas”* con el concepto de tipicidad objetiva. Señaló esta Corte:

“5. Algunos supuestos en los que la Fiscalía puede aplicar el artículo 79 de la Ley 906 de 2004

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005.

Lo puesto en evidencia permite señalar que solamente podrán ser tenidos en cuenta como motivos o circunstancias fácticas que no permiten la caracterización de un hecho como delito o que no es posible demostrar su existencia como tal, quedando con ello facultada la Fiscalía para proceder al archivo de las diligencias, entre otras, en las siguientes situaciones:

(...)

6. Algunos supuestos en los que la Fiscalía NO puede archivar las diligencias

Teniendo como premisas básicas que la Fiscalía no puede entrar a hacer consideraciones de carácter subjetivo a la hora de dar aplicación al artículo 79 de la ley 906 de 2004 y que toda medida que implique disposición de la acción penal corre por cuenta de los jueces, los siguientes constituyen ejemplos ilustrativos de situaciones en las que la fiscalía no puede archivar las diligencias:

6.1.3. *Cuando se debate si se trata de autor o partícipe del hecho punible;*

(...)

6.4.4. *Cuando se discute si existió o no lesión al bien jurídico".²*

Se debe extraer de lo anterior que en todas aquellas oportunidades en donde exista discusión sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, quien deberá resolver la misma será el juez penal a través de la preclusión, la aprobación del principio de oportunidad o la realización del juicio oral y no el fiscal a través del archivo de las diligencias, institución que se limita a los eventos en que las circunstancias fácticas permitan concluir la inexistencia del delito».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 79

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 09 may. 2007, rad. 27014; CSJ AP, 27 ago. 2007, rad. 27873; CSJ AP, 03 dic. 2008, rad. 30640, y CSJ AP6226-2014.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 5 de julio de 2007. Expediente 11001023001520070019