

Proceso No 27014

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Aprobado Acta No. 69

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007)

Decide la Sala sobre la solicitud de preclusión del señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, elevada por el doctor JOSÉ EDGAR COLLAZOS.

PETICIÓN

El señor Fiscal General de la Nación doctor MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA, el 21 de enero de 2007, le asignó el caso al doctor JOSÉ ÉDGAR COLLAZOS AGUADO, Fiscal Delegado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; funcionario que, a su turno, el 27 de febrero de 2007, solicita la preclusión de la actuación iniciada contra el señor TRINO LUNA CORREA, en su condición de Gobernador del departamento del Magdalena, con base en querella instaurada por CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR.

Con el fin de sustentar la preclusión, el Fiscal Delegado le solicita a la Sala fecha para la celebración de la respectiva audiencia, según lo previsto en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004.

CONSIDERACIONES

El precepto 251, 1 constitucional disciplina la función especial en cabeza del señor Fiscal General de la Nación, la cual se concreta en investigar y acusar a todos aquellos servidores públicos que ostenten fuero constitucional, claro es, con las excepciones previstas en la misma Carta.

A su turno, la Corte constitucional viene reiterando¹ la naturaleza indelegable de las funciones consagradas en la normativa Superior 251, al sostener que los altos funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional, cuando sean investigados y acusados, “sólo el señor fiscal general de la Nación puede asumirlas y ejecutarlas (...)”².

Idéntica dirección temática viene manteniendo la Sala Penal de la Corte, a partir de la vigencia del nuevo estatuto de procedimiento penal ley 906 de 2004, en el entendido que sólo el Fiscal General de la Nación, puede asumir y ejecutar las funciones especiales consagradas en la constitución.

En ese orden de ideas, es viable que el Fiscal General puede asignar o comisionar³ asuntos a su cargo a los señores Fiscales Delegados ante la Corte, pero sólo para algunas actuaciones, pues resulta obvio que esa atribución se encuentra limitada por la norma constitucional en comento.

Bajo las circunstancias indicadas, viene destacando la Sala⁴ que las funciones especiales del Fiscal General son actividades consolidadas, directas e intrasmisibles, dentro de las cuales se hace mención a: i) la formulación de imputación, ii) la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, iii) la adopción de medidas de registro, allanamiento e interceptación de comunicaciones; iv) la solicitud de preclusión, v) la petición de absolución perentoria, vi) la aplicación del principio de oportunidad, vii) la celebración de acuerdo y preacuerdos; por último, viii) la solicitud de condena o

absolución en la intervención final del juicio.

Aún más: El artículo 235 constitucional, al describir las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 4, determina que la Sala juzga “previa acusación del Fiscal General de la Nación... a los Gobernadores...”.Y, en el auto emanado del Despacho del Fiscal General de la Nación, se le asigna la radicación de preclusión al Fiscal Delegado, además se acredita la calidad de aforado del señor TRINO LUNA CORREA, cuando se advierte que era el “Gobernador del departamento del Magdalena”.

En el presente caso, el Fiscal Delegado ante la Corte, solicitó preclusión a favor del señor Gobernador del Magdalena TRINO LUNA MORÓN, quien fue denunciado por el delito de Calumnia indirecta agravada. Siendo ello así, no cabe la menor duda de la condición de funcionario aforado, que le es propia al señor LUNA, tal y como lo dispone la norma constitucional citada.

El Estado Colombiano le confiere al señor Gobernador denunciado, ese privilegio especial de juzgamiento por parte de la Corte, acorde con la dignidad del cargo, la institución que representa, la independencia y autonomía en la administración de justicia, “a fin de que sus actuaciones no se vean interferidas por el ejercicio abusivo del derecho a la justicia o la injerencia de otras autoridades.⁵

Queda claro, en consecuencia, que es el Fiscal General de la Nación quien debe solicitar ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la preclusión de la acción penal, si quiere insistir en ello, habida consideración que sólo él tiene la facultad constitucional de disponer de la acción penal.

Siendo ello así, de continuarse con el trámite descrito en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Sala tendría que suspender o anular la Audiencia porque no existe legitimidad funcional del Fiscal Delegado para actuar en esas precisas condiciones.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Abstenerse de tramitar la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal Delegado, toda vez que él, es el único funcionario que constitucionalmente se encuentra legitimado para disponer de la acción penal.

Notifíquese y cúmplase

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Adición de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ADICIÓN DE VOTO:

El complemento jurídico que realizo a la decisión unánime de la Sala apunta a desbrozar

caminos hermenéuticos sobre la aparente intersección de las figuras consagradas en los artículos 79 y 332-4 cpp-2004, referidas a las facultades otorgadas a la Fiscalía General de la Nación de archivar las diligencias y de solicitar, a partir de la formulación de la imputación, al juez de conocimiento la preclusión -entre otras causales- por atipicidad del hecho investigado, intersección que se hizo más notoria a raíz de la decisión del Tribunal Constitucional de hacer equivaler el parte normativo “motivos o circunstancias fácticas” (art. 79) con la tipicidad objetiva⁶.

1°. Las causales de preclusión de la investigación versus el archivo de las diligencias

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará la preclusión de la investigación 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 del 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.

Así, pues, una de las causales, la cuarta, tiene que ver con la atipicidad del hecho investigado, punto en el que aparentemente pueden coincidir las causales de preclusión de la investigación con la facultad oficiosa y autónoma que recae en la Fiscalía para ordenar el archivo de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

2°. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004

Integra el Capítulo denominado Consideraciones Generales del Título dedicado a la acción penal, de tal modo que el archivo de las diligencias aparece junto a disposiciones que regulan la titularidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el deber de denunciar los delitos y la exoneración al mismo, los requisitos de la denuncia, la querrela y la petición especial, la extinción de la acción penal así como las causales y sus efectos. El siguiente es el tenor del texto legal:

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.

I. Antecedentes del precepto

I.1. La legislación anterior a la Ley 906 de 2004:

Si bien el sistema acusatorio colombiano constituye un cambio paradigmático en la labor de administrar justicia en materia criminal, y por lo mismo no es posible hacer comparaciones automáticas respecto de figuras consolidadas en sistemáticas procesales anteriores, lo cierto es que el archivo de las diligencias guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regulaba el artículo 327 de la Ley 600 de 2000 con el siguiente tenor:

El Fiscal General de la Nación o su delegado, se abstendrán de iniciar instrucción cuando aparezca que la conducta no ha existido, que es atípica, que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad (El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-760/01).

Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de reposición y de apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto.

La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria y el denunciante o querellante podrán designar abogado que lo represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

La consolidación de tal institución tiene que analizarse a partir de su evolución desde los Códigos de Procedimiento Penal de 19367, 19878 y 19919.

Con la resolución inhibitoria el Fiscal (y antes, el juez de instrucción) se abstenía de dar inicio al sumario siempre y cuando se hicieran evidentes las siguientes circunstancias:

- a). Cuando la conducta no ha existido.
- b). Cuando la conducta es atípica.
- c). Cuando la acción penal no puede iniciarse. Y,
- d). Cuando está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

La Sala desde antaño tiene dicho que

“el auto inhibitorio representa una opción jurídica de finiquito de una investigación previa con afincamiento serio en las pruebas obtenidas dentro de tal etapa probatoria... la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito), genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto, la que la normatividad procesal garantiza exigiendo como presupuesto necesario para su derrumbamiento la aparición de nuevas pruebas que tengan la virtualidad fáctica de infirmar las conclusiones adoptadas con anterioridad y con fundamento en otras pruebas... la ejecutoria formal lo hace gozar también de presunciones de legalidad y acierto y en ello radica la seguridad jurídica que a partir de tales decisiones el Estado ofrece a los asociados. Deben entonces aportarse

nuevas pruebas o nueva prueba – no puede aceptarse el formulismo de que la norma se refiere a un número plural -, distintas de las que tuvo oportunidad de recaudar, apreciar y evaluar el Funcionario Judicial para la adopción de la decisión inhibitoria”¹⁰.

Adicionalmente, también se expresó que las cuestiones de «intencionalidad», voluntariedad¹¹, causales de inculpabilidad y de justificación¹², estaban vedadas en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación, pudiendo quedar incurso en el delito de prevaricato el funcionario judicial que trate tales asuntos en un inhibitorio¹³.

I.2. El archivo de las diligencias en los antecedentes de la Ley 906 de 2004:

En la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo N° 003 de 2002, cuando se discutían las causales de preclusión y el trámite que se debía surtir para dar viabilidad a tal forma de terminación de la acción penal, surgieron diferentes posturas con la pretensión de permitir o impedir que la Fiscalía en forma directa pudiera ordenar el archivo de las diligencias, las cuales aparecen con los diferentes puntos de vista como en su momento se veía el artículo 250 Superior¹⁴.

Así tenemos que los comisionados buscaron puntos de encuentro entre una Fiscalía sin capacidad de disposición libre y autónoma de la acción penal y la angustia por el colapso del sistema ante la avalancha de procesos. Se dijo, por ejemplo, que

no todo lo que conoce la Fiscalía tiene que investigarlo y esto no constituye principio de oportunidad sino aplicación estricta del principio de legalidad, porque si hay legítima defensa no hay investigación y si la hubo ésta declinará por la vía ya no del principio de oportunidad sino del archivo como consecuencia de que no hay un delito que investigar, es decir lo que establece el artículo 250 es que le corresponde a la fiscalía investigar delitos y si no hay delito no tiene que ir ante un juez para que este diga que no hubo el delito, lo que corresponde es el archivo. Insistió que la necesidad de formalización viene

dada por varios supuestos dependiendo de lo que apruebe la comisión, más amplios o más restrictivos, pero si no se formaliza no es necesario precluir y en ese sentido se daría una interpretación ajustada a la estructura del Acto Legislativo que le ha dado la potestad al juez de precluir por el efecto de cosa juzgada que tiene la preclusión. Agregó que cuando la fiscalía considera que no hay delito, se archiva la investigación por ser una decisión que tiene un fundamento de extinción, en cuyo caso no hay nada más que hacer pues producirá finalmente el mismo efecto, pero puede ser simple y sencillamente que la información de que se disponía o lo que se investigó indicaba que no era delito y más adelante, mientras no haya prescrito la acción, aparece prueba sobreviniente que establezca lo contrario, puede reiniciar la investigación, es decir que sería equivalente a lo que hoy se conoce como inhibitorio. Preciso que en el sistema acusatorio esta figura no puede aparecer porque no hay judicialización de la investigación¹⁵.

El comisionado Salamanca Correa¹⁶ advirtió que se trataba de un tema complejo y de debate pero que resultaba inconveniente

otorgar nuevamente funciones judiciales al investigador mediante la posibilidad de inhibirse o no. No compartió la fórmula planteada por el doctor Granados, según la cual el fiscal deba dictar una resolución motivada del por qué no investiga. Estuvo de acuerdo en que la fiscalía tiene la obligación de investigar lo que aparentemente sea delito y cuando encuentre que no hay ninguna razón para continuar adelante no lo hace, sin necesidad de pronunciarse y mucho menos con carácter judicial como se ha pretendido plantear ahora.

En busca de una clara delimitación entre archivo de las diligencias y preclusión de la investigación se manifestó que

en el nuevo escenario del sistema acusatorio necesariamente habría que establecer unas causales para que previamente a la formalización, llámese inhibitorio o archivo, la fiscalía pueda dar por terminada una investigación que se inició o pueda simplemente

abstenerse de iniciarla y por eso en estas causales de preclusión, de acuerdo con lo que se ha manifestado, que la preclusión únicamente es posterior a la formalización de la investigación, deben corresponder mas bien a unas causales de archivo de la investigación por parte de la fiscalía y no de preclusión, pero igualmente, tanto en el sistema actual como en el nuevo, necesariamente van a quedar reglamentadas unas causales en las cuales la fiscalía no hace la acusación, no llega a la formalización de la investigación y esas causales hay que diferenciarlas totalmente de las de preclusión y de aquellas referidas al principio de oportunidad¹⁷.

Quintero Bernate¹⁸ vislumbró la problemática y luego de señalar que la Fiscalía tiene prohibido por mandato constitucional suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de hechos respecto de los cuales haya motivos o circunstancias fácticas que los puedan revestir como delito, propuso la introducción de una norma del siguiente tenor

Artículo 82 A. 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.

La propuesta fue acogida sin reservas pero se aclaró que ella debía ser entendida como decisión simplemente investigativa que no produce efectos de cosa juzgada y en consecuencia si existen circunstancias que ameriten reconsiderarlas y que deban investigarse no habría ningún problema pues sería absolutamente informal y lo único que debe existir para un control judicial por vía de hecho es que exista una sucinta motivación¹⁹.

El Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 Cámara, presentado a consideración del Congreso de la República, que luego pasó a convertirse en Ley 906 de 2004, establecía en

su artículo 79 una norma exactamente igual a la vigente.

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.

Es de anotar que en la exposición de motivos del Proyecto²⁰ no se consignó expresamente ningún argumento a favor de la orden de archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía, aunque en el acápite dedicado al principio de oportunidad se señaló que

El principio de legalidad o de obligatoriedad consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar (destacamos).

II. El archivo de las diligencias y la sentencia C-1154/05

Dice la Corte Constitucional que el archivo de las diligencias es una facultad asignada a la Fiscalía General de la Nación cuando constata en el caso concreto la ausencia de los presupuestos mínimos para ejercer la acción penal. Tales presupuestos mínimos los identifica con los elementos objetivos del tipo penal:

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 atinentes 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.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado”²¹. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

En tales términos, amén de no revestir el carácter de cosa juzgada, el archivo de las diligencias constituye una

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 competencia para tomar la decisión de archivo de las diligencias recae en el ámbito exclusivo del fiscal, sin que con ella se disponga la extinción de la acción penal, lo que no descarta

ciertos aspectos jurídicos que deben analizarse: i) la naturaleza de la decisión; ii) el fundamento material de la decisión; y iii) las repercusiones de la decisión para las víctimas en el proceso.

En cuanto a lo primero, la decisión de archivo de las diligencias se encuentra clasificada como una orden, señalada como una de las clases de providencias judiciales que se prevén en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

Sobre lo segundo, los motivos y circunstancias fácticas que permitan su

caracterización como delito, al Fiscal le compete exclusivamente verificar los elementos de la tipicidad objetiva. De tal suerte, le está vedado

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.

Por último, en tercer lugar, como quiera que la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad, se impone (i) que la decisión sea motivada, (ii) con lo que se permite que pueda ser conocida, y (iii) teniendo que ser apropiadamente comunicada, para permitir con ello que las víctimas y el Ministerio Público —para el cumplimiento de sus funciones— puedan expresar su inconformidad con la misma en ejercicio de sus derechos. Se resalta en cuanto a las víctimas (lo que se hace extensivo al Ministerio Público), que

tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías,

sin que con ello se esté significando que la orden de archivo de las diligencias, en cuanto tal, esté sujeta a control por parte del juez de garantías, pues lo que se quiere significar es

que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

Por todo lo expuesto, agrega, la facultad de archivo de las diligencias que recae en la Fiscalía no constituye aplicación ni puede asimilarse al principio de oportunidad —porque no se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal—; ni es un desistimiento de la acción — porque el desistimiento es una figura que permite al querellante, en cualquier momento y antes de concluir la audiencia preparatoria cesar los procedimientos²² frente a una conducta delictiva típica sobre cuya existencia o caracterización o existen dudas—; tampoco se trata de una preclusión de la investigación²³ —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—.

Adicionalmente, se ha dicho por la Corte Constitucional (sentencia C-591/05), que en los delitos que requieren querrela de parte cuando se logra conciliación entre los interesados procede el archivo de las diligencias.

III. Lo que se debe entender como elementos objetivos del tipo

Ha quedado dicho que de acuerdo con la interpretación que da el Tribunal Constitucional al artículo 79 de la Ley 906 de 2004, procede su aplicación cuando de las labores de verificación que adelanta la fiscalía no encuentra los motivos y circunstancias fácticas que permitan la caracterización del hecho como delito, debiéndose entender que se hace alusión a los elementos de la tipicidad objetiva.

Interpreta dicha Corte, de acuerdo con lo que enseña Roxín, que tales elementos se limitan a (i) los sujetos, (ii) la acción típica y (iii) el resultado, opinión respetable por cierto, pero olvida y omite que tal doctrina apenas corresponde a una entre muchas opciones epistemológicas elaboradas desde diferentes alternativas dogmáticas y que por ello tal interpretación no puede predicarse per se como la correcta. Dicho de otra

manera: en la doctrina se mantienen arduas e inacabadas discusiones sobre los elementos que integran el tipo objetivo, de modo que lo consignado por un autor apenas constituye una opinión que puede ser atendida o desatendida según su acierto y, sobre todo, su correspondencia con nuestra realidad, las necesidades político-criminales y la legislación nacional.

III.1. Los elementos objetivos del tipo según otros sectores de la doctrina

La condición de opinable que reviste la materia se puede observar a partir de lo que enseñan otros autores extranjeros y nacionales. Por ejemplo, teóricos españoles consideran que

Los elementos que integran cualquier tipo penal son la acción, los sujetos y el objeto. Algunos autores añaden, además, otro elemento, tiempo y lugar de la perpetración del delito²⁴.

Enfluientes profesores italianos, previa advertencia sobre las dificultades que entraña hacer distinciones rígidas entre elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, entienden que los elementos objetivos fundamentales del hecho típico son (i) la acción y sus presupuestos, (ii) el objeto material del acto, (iii) el resultado y (iv) la relación de causalidad²⁵.

Siguiendo los más importantes avances de la doctrina universal, autores colombianos señalan que el tipo penal

se encuentra conformado en su estructura objetiva por elementos necesarios o esenciales propios de todos los tipos, que básicamente son: a) El autor que puede ser simple o calificado, b) la parte externa del acto, c) el resultado típico (lesión o peligro de lesión al bien jurídico), y d) por la relación causal y la imputación jurídica del resultado... Algunos tipos pueden contener elementos objetivos complejos, condiciones de tiempo,

modo, lugar, especiales formas de actuación, e inclusive medios especiales de ejecución, o aun particulares elementos normativos²⁶.

Otro autor patrio, al reseñar la estructura del tipo en su aspecto objetivo, señala el siguiente catálogo de elementos: (i) el sujeto, (ii) la acción, (iii) el resultado, (iv) el nexo de causalidad y la imputación objetiva, (v) el bien jurídico, (vi) los medios o instrumentos de ejecución del hecho, (vii) el momento de la acción, (viii) el lugar de la acción, (ix) el objeto de la acción, (x) y otros componentes, como las circunstancias (agravantes y atenuantes) y las condiciones objetivas de punibilidad²⁷.

Se desprende de lo expuesto que lo dicho por la Corte Constitucional sobre los elementos objetivos del tipo penal apenas sí corresponde a una perspectiva, entre las muchas opciones interpretativas que nos presenta la dogmática jurídica contemporánea y la misma jurisprudencia especializada, por lo que, en consecuencia, le resulta perentorio a esta Sala proceder a introducir los correctivos que la realidad nacional y el plexo normativo demandan.

III.2. Los elementos objetivos del tipo según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Durante la última década la Sala Penal ha expresado que hacen parte del tipo objetivo o lo afectan:

a). Las circunstancias específicas de agravación o intensificación punitiva complementan el tipo objetivo²⁸;

b). Las circunstancias que afectan el marco punitivo²⁹.

c). El error de tipo, que elimina la tipicidad dolosa, esto es el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo, y supone la falta de conocimiento de los ingredientes

del tipo objetivo³⁰.

d). Para hablar de tipo objetivo es necesario que el riesgo permitido sea imputable objetivamente³¹.

e). Con referencia expresa a algunos delitos se ha dicho que hacen parte del tipo objetivo:

e.1. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años: (i) el sujeto activo, (ii) la conducta y (iii) el sujeto pasivo³²;

e.2. Falsedad en documento público: la acción de creación de un documento espurio por parte del servidor público³³;

e.3. Celebración indebida de contrato: (i) la calidad de servidor público, (ii) ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, (iii) celebración o liquidación del contrato, (iv) desarrollar la conducta prohibida, concretada en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez³⁴;

e.4. Inasistencia alimentaria: la sustracción al pago de los alimentos sin justa causa³⁵;

e.5. Favorecimiento del contrabando: la cantidad de la mercancía que supera los topes establecidos en el artículo 320 del Código Penal³⁶;

e.6. Delito culposo: (i) el sujeto; (ii) la acción; (iii) resultado físico; (iv) violación del deber de cuidado (que surge 1). de las normas legales o reglamentarias; 2). el principio de confianza; y 3). El criterio del hombre medio); y, (v) relación de causalidad³⁷.

IV. Recapitulación sobre los elementos objetivos del tipo penal y el criterio de la Corte

Constitucional

El repaso presentado up supra evidencia que la opción interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional, además de apoyarse en un autor extranjero y omitir los desarrollos científicos que sobre la materia se han hecho en el ámbito nacional, lejos está de ser unánime en la doctrina y muchos menos próxima a los desarrollos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Pero además de lo anterior, tal criterio no tiene en cuenta que la los tres elementos que se acogen como parte del tipo objetivo reciben en la doctrina un alcance que trasciende lo propiamente objetivo e ingresa en lo valorativo y subjetivo.

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

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 faculta la Fiscalía para proceder al archivo de las diligencias, entre otras, en las siguientes situaciones:

1°. En cuanto a los sujetos:

- a). Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción.
- b). Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer quién es el sujeto pasivo de la acción.

c). Cuando el sujeto se encuentra en imposibilidad fáctica o jurídica de ejecutar la acción. Es el caso del extranjero que no debe obediencia al Estado colombiano y que por lo mismo no puede recibir imputación a título de autor del tipo denominado hostilidad militar del artículo 456 del Código Penal.

Cualquier discusión que desborde los anteriores parámetros, como por ejemplo las que se refieran a la calidad del sujeto activo del punible, impide que las diligencias puedan ser archivadas directamente por parte de la Fiscalía.

2°. En cuanto a la acción:

a). Cuando la acción es atípica porque no se observa la acomodación exacta de una conducta a una definición expresa, cierta, escrita, nítida e inequívoca de la ley penal, pero sólo en cuanto a lo que resulte evidente e indiscutible. Sería el caso en que se hace una imputación por homicidio y la víctima no ha sido agredida.

b). Cuando el hecho no puede ser atribuido a una acción u omisión de un ser humano. Por ejemplo: cuando un rayo electrocuta a una persona.

3°. En cuanto al resultado:

a). En los delitos de resultado solamente podrán ser archivadas las diligencias cuando el resultado no se puede verificar ontológicamente.

b). En los delitos de peligro concreto y peligro abstracto la Fiscalía podrá archivar las diligencias siempre y cuando objetivamente no se haya verificado el resultado. Por ejemplo, cuando en el delito de porte ilegal de armas se constata que el artefacto se

porta lícitamente porque existe permiso de porte o tenencia expedido por autoridad competente o el mismo no es acto para ser disparado.

4°. Otros elementos:

- a). En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta imposible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado;
- b). Cuando se trata de un delito imposible, como sería el caso de atentar contra la vida de otro disparándole con una pistola de agua;
- c). Cualquiera que sean las circunstancias del hecho cuando se refiere a un delito querellable que es objeto de conciliación;
- d). Cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante.

VI. 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:

1°. En cuanto a los sujetos:

- a). En todos los supuestos de error de tipo. Por ejemplo, cuando el agente manifiesta convencimiento en cuanto a que la víctima era mayor de los 14 años en el supuesto típico del artículo 208 del Código Penal;
- b). Cuando el hecho se considere ejecutado bajo causal excluyente de la responsabilidad en la cual se entiende que no existió acción (por ejemplo, fuerza mayor o caso fortuito);
- c). Cuando se debate si se trata de autor o partícipe del hecho punible.

2°. En cuanto a la acción:

- a). En todos los supuestos de error de tipo verificable sobre el objeto de la acción. Sucede en el ejemplo clásico del cazador que asume estar disparando a la presa y da muerte a una persona;
- b). En todos los supuestos de creencia errónea de estar actuando acorde a derecho;
- c). En los casos en que la acción se considere desplegada en el ámbito de una causal de ausencia de responsabilidad;
- d). Cuando la controversia gira respecto de si el hecho se consumó o quedó en grado de tentativa;

3°. En cuanto al resultado:

- a). Cuando en los delitos culposos se discute la infracción al deber objetivo de cuidado, el principio de confianza o el criterio del hombre medio;
- b). En los delitos de mera conducta o actividad, como es el caso del delito de

violación de habitación ajena.

4°. Otros elementos:

- a). En los cursos causales complejos o hipotéticos; cuando sea menester determinar que el resultado se atribuye o no al peligro creado con la acción;
- b). En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta discutible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado;
- c). En los delitos que contienen bienes jurídicos pluriofensivos cuando la lesión se hace evidente respecto de uno de ellos;
- d). Cuando se discute si existió o no lesión al bien jurídico;
- e). Cuando la controversia gira alrededor de la existencia o no de una posición de garante en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

VII. Algunas diferencias entre la orden de archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación.

Por vía apenas ilustrativa, y en la línea de lo que ha sido expuesto, las siguientes son algunas de las diferencias que de asaz se pueden observar entre las instituciones

señaladas:

a). El archivo de las diligencias aparece contenido en un orden; la preclusión de la investigación es un auto;

b). El fiscal es quien ordena el archivo de las diligencias; solamente los jueces pueden disponer la preclusión de la investigación;

c). La orden de archivo de las diligencias se puede dar antes de que un asunto llegue a la imputación; sólo después de la imputación se puede declarar la preclusión de la investigación;

d). El archivo de las diligencias es una decisión que debe constar por escrito y carece de mayores formalidades; en audiencia pública, y con el cumplimiento de unas formalidades legales, el juez puede decretar la preclusión de la investigación;

e). La orden de archivo carece de recursos pero puede ser controvertida ante el juez de garantías; la preclusión de la investigación está sometida a los recursos ordinarios —reposición y apelación— así como a la acción de revisión;

f). La orden de archivo no produce efectos de cosa juzgada; una vez ejecutoriada la providencia que ordena la preclusión de la investigación ésta hace tránsito a cosa juzgada;

g). La orden de archivo se debe comunicar por un medio eficaz a los interesados, especialmente a las víctimas y al Ministerio Público; la preclusión de la investigación se notifica a todas las partes e intervinientes en la audiencia pública dispuesta para el efecto;

h). Las motivos que pueden generar la orden de archivo son limitados y no hacen parte de los mismos las causales de preclusión de la investigación; las causales de

preclusión de la investigación se extienden hasta los motivos de archivo de las diligencias;

i). La orden de archivo puede ser revocada directamente por el fiscal que la profirió; el auto de preclusión de la investigación no puede ser revocado por el juez que tomó la decisión.

Atentamente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha up supra.

1 Sentencias Corte Constitucional: 472 de 994 y C-037 de 1996.

2 Sentencia citada C-037, página 85.

3 Afirma la sentencia referida C-037 “(...) -que no delegar- en los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de algunas funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política”.

4 Ya la Sala Penal de la Corte, se había pronunciado sobre el particular en el radicado 26840, del 9 de marzo de 2007.

5 En el mismo sentido la Sala viene pronunciándose: radicados 11507 del 29 de noviembre de 2000 y 26840 del 8 de marzo de 2007.

6 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-1154 de 2005.

7 En los términos de la reforma introducida por el Decreto 409 de 1971, ARTICULO 320. AUTO INHIBITORIO. El juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que honesta previsto en la ley como infracción oque la acción no puede iniciarse. Tal decisión se tomará en providencia motivada contra la cual proceden los recursos ordinarios por parte del ministerio público y del denunciante o querellante.

8 Decreto 050 de 1987, ARTICULO 352. AUTO INHIBITORIO. El funcionario de instrucción se abstendrá de iniciar proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción no puede iniciarse.

Tal decisión se tomará en auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante.

La persona en cuyo favor se haya dictado auto inhibitorio, o el denunciante o querellante, podrán designar abogado que los represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

9 Decreto 2700 de 1991. ARTÍCULO 327. RESOLUCIÓN INHIBITORIA. El fiscal se abstendrá de iniciar instrucción cuando aparezca que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica, o que la acción penal no puede iniciarse o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad.

Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual procede el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, el denunciante o querellante.

Cuando el funcionario de policía judicial advierta que existe alguna causal para dictar resolución inhibitoria, enviará inmediatamente la actuación al fiscal, para que éste decida si la acción puede iniciarse.

La persona en cuyo favor se haya dictado resolución inhibitoria, el denunciante o querellante, podrán designar abogado que lo represente en el trámite del recurso de apelación que se haya interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de única instancia de 25 de noviembre de 1997, radicación 12112; en el mismo sentido Auto de única instancia de 16 de diciembre de 1997, radicación 12143.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia de 26 de febrero de 1992, radicación 6811.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia de 25 de agosto de 1987, radicación 1845.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de segunda instancia de 28 de marzo de 1989, radicación 3675.

14 Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de junio de 2003, especialmente p. 5-12.

15 Jaime Enrique Granados, Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de junio de 2003, p. 5.

16 Adolfo Salamanca Correa, Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de junio de 2003, p. 9.

17 Hernán Gonzalo Jiménez, Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de junio de 2003, p. 10.

18 Hugo Quintero Bernate, Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de

junio de 2003, p. 11-12.

19 Jaime Enrique Granados, Comisión Redactora Constitucional, Acta N° 23, 27 de junio de 2003, p. 12.

20 Luis Camilo Osorio Isaza, «Exposición de motivos, Proyecto de Ley Estatutaria “Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”», Gaceta del Congreso, 339, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 27 de julio de 2003.

21 Roxín, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid, Civitas.

22 Ley 906 de 2004. Artículo 76. Desistimiento de la querella. En cualquier momento de la actuación y antes de concluir la audiencia preparatoria, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de no continuar con los procedimientos.

Si al momento de presentarse la solicitud no se hubiese formulado la imputación, le corresponde a la Fiscalía verificar que ella sea voluntaria, libre e informada, antes de proceder a aceptarla y archivar las diligencias.

Si se hubiere formulado la imputación le corresponderá al juez de conocimiento, luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, determinar si acepta el desistimiento.

En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores o partícipes del delito investigado, y una vez aceptado no admitirá retractación.

23 Ley 906 de 2004. Artículo 331. Preclusión. En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

24 Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Luis Arroyo Zapatero, Juan Carlos Ferré Olivé, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano-Piedecasas y Juan Terradillos Basoco, Curso de derecho penal. Parte general, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 202. En las páginas siguientes se explica el alcance que dan a tales elementos.

25 Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 221. Dichos elementos son explicados en las páginas siguientes de la obra citada.

26 Jesús Orlando Gómez López, Teoría del delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, p. 213 y s.s.

27 Fernando Velásquez Velásquez, Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 2002, p. 258-277.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de casación de 3 de julio de 1996, radicación 11713; y sentencias de casación de 17 de noviembre de 1999, radicación 10787; de casación de 25 de abril de 2002, radicación 15289; de 11 de febrero de 2004, radicación 20945.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de única instancia de 26 de julio de 2001, radicación 7026.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Acción de revisión, sentencia de 14 de marzo de 2002, radicación 9921.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 4 de abril de 2003, radicación 12742.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 11 de

diciembre de 2003, radicación 18585.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 11 de febrero de 2004, radicación 19614.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 9 de febrero de 2005, radicación 21547.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 19 de enero de 2006, radicación 21023.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 9 de noviembre de 2006, radicación 26130.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 19 de enero de 2006, radicación 19746.