

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP336-2017

Radicación N° 48759

Aprobado acta N° 017

Bogotá, D. C., enero veinticinco (25) de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

La Corte procede a resolver lo que corresponda frente a los recursos de apelación interpuestos por el representante de la Fiscalía General de la Nación y el abogado defensor de la indiciada NADINE ADRIANA GÓMEZ NAVARRO contra la decisión emitida el 16 de agosto de 2016 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se abstuvo de resolver la solicitud de preclusión presentada por el representante del ente acusador.

HECHOS

A las 12:00 horas del 5 de noviembre de 2005, luego de que miembros de la Policía Nacional llevaran a cabo unas requisas rutinarias, fueron capturados ROBERT STEVE CUELLAR GÓMEZ y GIOVANNY ALBERTO VARGAS GRAJALES, tras hallarse en su poder cuatro (4) billetes de cincuenta mil pesos (\$50.000) falsos.

Siendo las 14:55 horas de ese mismo día, la Fiscal 331 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, adscrita a la Unidad de Reacción Inmediata -URI- de Kennedy, emitió órdenes a su investigador de la SIJIN tendientes a: (i) lograr la identificación plena de los capturados y (ii) su arraigo domiciliario; así como, (iii) obtener un análisis pericial de los elementos materiales probatorios incautados y (iv) entrevistar a los posibles testigos de los hechos ilícitos objeto de esa indagación.

A las 00:10 horas del 6 de noviembre de 2005, el referido investigador presentó su informe con los resultados de los actos de investigación previamente ordenados. A las 7:00 horas de ese día, en razón a cambio de turno se reasignó el caso a un nuevo funcionario, el Fiscal 327 Seccional de esa misma URI, quien ordenó la libertad de los capturados arguyendo que la «conducta [de tráfico de moneda falsificada] no comportaba detención preventiva».

Al tercer cambio de turno, avocó el conocimiento de dicha actuación otro nuevo funcionario, el Fiscal 326 Seccional de Bogotá, al cual le correspondió solicitar ante Juzgado 46 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías se impartiera legalidad a la captura de los prenombrados y a la incautación de los elementos materiales probatorios que éstos portaban para el momento en que fueron aprehendidos, y les imputó el delito de tráfico de moneda falsa¹

. Al finalizar las referidas audiencias preliminares, el funcionario judicial compulsó copias para investigar penal y disciplinariamente a la entonces Fiscal 331 Seccional de Bogotá, NADINE ADRIANA GÓMEZ NAVARRO, por su presunta participación en el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad, siendo esa la causa que origina la presente actuación.

ANTECEDENTES

Luego de analizar las evidencias recolectadas de los hechos previamente reseñados, el 16 de julio de 2007, la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal de Bogotá resolvió archivar la indagación adelantada contra NADINE ADRIANA GÓMEZ NAVARRO, tras considerar que «lo ocurrido no ten[ía] ninguna relevancia en el ámbito del derecho penal» y, por tanto, que su conducta era atípica. Preciso al respecto:

«Tratándose del tiempo de privación de la libertad que sufrieron los procesados, que en ningún momento fue ilegal, está ampliamente justificado por la dinámica que tiene en nuestro medio judicial la aplicación del nuevo sistema penal acusatorio, es decir, circunstancias como los turnos de los fiscales en la URI, la ejecución de las labores primarias investigativas de los funcionarios de policía judicial, la alta carga laboral de los jueces de garantías y la insuficiencia del personal judicial en algunos momentos, entre otras, son razones suficientes que justifican el normal transcurso del tiempo, tiempo que ha fijado la normal (sic) penal (Art. 302 del C.P.P.) en 36 horas para el fiscal y que

deben comprender desde el momento en que se recibe el caso en reparto hasta que decida presentar al indiciado en audiencia ante el Juez de garantías. Término que para nuestro caso no fue vulnerado, incluso es razonable que durante ese término el Fiscal del caso aproveche la presencia del capturado para obtener su plena identificación y hasta verificar si con el reporte de antecedentes están siendo requeridos por otra autoridad; actos obligatorios para el fiscal y que fueron aplicados en el caso de los señores VARGAS y CUELLAR.»² (Subrayas fuera del texto principal)

El 16 de agosto de 2016, la Fiscalía presentó ante el Tribunal de Bogotá solicitud de preclusión de la referida indagación ante «la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal» por haber operado el fenómeno de la prescripción en el asunto en estudio³ y, por ende, peticionó cesara «con efectos de cosa juzgada la persecución penal, la acción penal dirigida contra la Fiscal 331 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, con el archivo definitivo de las diligencias».

En el curso de la audiencia pública, por solicitud de la Corporación de instancia, el representante del ente acusador precisó que con posterioridad a ordenarse el archivo de la indagación seguida contra GÓMEZ NAVARRO, esa actuación estuvo «guardada de manera provisional», dado que «no hay cosa juzgada material sino formal» y que «la secretaría[,]encarga[da] de calcular el término de prescripción[,] llegado el momento [la había] regresa[do] ... al despacho... para que se solicit[ara] la preclusión[, por tratarse ésta de una decisión] con efectos de cosa juzgada material».

Agotada la intervención de las partes, el a quo se abstuvo de resolver la petición y contra esa decisión la Fiscalía presentó recurso de alzada que ahora la Sala procede a desatar.

El AUTO IMPUGNADO

El Tribunal de Bogotá se abstuvo de hacer pronunciamiento en relación con la solicitud de preclusión por prescripción de la acción penal al considerar que:

i. En aquellos casos en los que el archivo de la actuación se ordena por atipicidad objetiva no es razonable que deba acudir al juez de conocimiento para que se declare la prescripción de la acción penal, pues mientras aquella «resolución» lleva inmerso un análisis de fondo de la conducta de quien se sospecha incurrió en un delito, la prescripción es una decisión formal en la que no se discute si la persona indiciada incurrió o no en la conducta, sino que simplemente se verifica el vencimiento de la oportunidad que tenía el Estado para perseguir al autor de los hechos que revisten las características de delito.

(ii) Es insuficiente el argumento expuesto por el solicitante, referente a que la orden del «archivo no hace tránsito a cosa juzgada», toda vez «que la [prescripción] adquiere significancia cuando hay interés en perseguir la acción penal, [el cual] en este caso [brilla por su ausencia] desde el [año] 2007 [, cuando] se profirió el archivo de la indagación [con fundamento en que] la conducta investigada era atípica... objetiva[mente]».

(iii) No existe norma en la cual se disponga que la orden de archivo deba ser revisada o sometida a control judicial, pues eventualmente es al Juez de Garantías a quien le corresponderá dirimir la controversia que se suscite entre la víctima y el delegado de la Fiscalía General de la Nación en aquellos exclusivos eventos en que se solicita el desarchivo de la indagación a causa del hallazgo de nuevos elementos materiales probatorios, y «la corriente que se creó para que la Fiscalía pudiera acudir ante los jueces a solicitar la preclusión se limita a los delitos en los que resulta necesario hacer consideraciones sobre la tipicidad subjetiva de [la conducta], como ocurre por

ejemplo con el prevaricato».

(iv) El Tribunal calificó como «socialmente cuestionable» la petición presentada por la Fiscalía en este caso, por dar ésta la apariencia de «que el Fiscal dejó transcurrir 5 años [desde la fecha en que se tuvo noticia de los hechos objeto de la indagación] para solicitar la prescripción de la acción penal».

IMPUGNACIÓN

La Fiscalía

El representante de la Fiscalía General de la Nación apeló la decisión, afirmando que «no puede desaprovechar la oportunidad» para obtener un pronunciamiento jurisprudencial respecto de la solicitud de preclusión por prescripción de la acción penal porque el problema jurídico que le subyace hace patente un vacío normativo, toda vez que a la Fiscalía General de la Nación se le despojó de la facultad de resolver asuntos de fondo con «declaratoria de fuerza de cosa juzgada» al entrar en vigencia de la Ley 906 de 2004, razón por la cual en eventos como el presente se ve compelida a acudir ante el Juez de Conocimiento para que se decrete la preclusión por prescripción de la acción penal y así se ponga fin a su ejercicio.

Seguidamente, afirma que aun cuando se emitió una orden de archivo la acción penal «está viva», esto es, sigue vigente, pues conforme lo establece el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 de surgir elementos materiales probatorios nuevos se puede insistir por parte de la víctima o incluso la Fiscalía a motu proprio reactivar la indagación.

Asevera que no está promoviendo un rito atípico con su solicitud, contrario a lo que consideró la Corporación de instancia, porque es la misma legislación penal sustantiva la que prevé que «la acción penal tiene un término» y que su prescripción debe ser declarada por autoridad judicial.

Al finalizar su intervención, reitera que la importancia de resolver la problemática planteada en el asunto en estudio radica en que «todo tiene un ciclo de vida [,] de manera que una vez nació» a la vida jurídica la acción penal que se ejerce contra NADINE ADRIANA GÓMEZ NAVARRO, debe finiquitarla quien tiene la potestad de emitir una decisión con fuerza de cosa juzgada, esto es, el Tribunal.

La defensa

El abogado defensor de la indiciada GÓMEZ NAVARRO manifiesta su inconformidad respecto de la decisión del a quo, afirmando que su representada continuará subjudice hasta tanto el Juez de Conocimiento emita un pronunciamiento de fondo con el cual finiquite el ejercicio de la acción penal, dado que, en su criterio, el equívoco de la Corporación de instancia radica en no reconocer que la orden de archivo es eminentemente provisional.

En ese mismo sentido afirmó la defensa técnica que el archivo de la indagación por atipicidad objetiva puede mutar en cualquier momento de la actuación, al encontrarse un nuevo elemento material probatorio, razón por la que una vez constatado el vencimiento del término prescriptivo sin que se genere tal novedad, debe sobrevenir indefectiblemente una decisión de preclusión de la investigación para que culmine el ejercicio de la acción penal.

Finalmente, llama la atención de la judicatura para que su defendida no sea utilizada «como un conejillo de indias» y que la tesis planteada por el Fiscal 35 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá se confirme o se infirme, toda vez que si se trata de «un tema tan controversial» el escenario adecuado para debatirlo sería el académico y no los estrados judiciales, dado que ello «atenta contra la dignidad de quien es procesada.»

CONSIDERACIONES

1. Competencia

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 35 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

1. Asunto preliminar

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 aquella habilitada para hacer la petición y los demás intervinientes 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.

3. Análisis de los argumentos expuestos por el impugnante.

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 necesario⁴ que el juez de conocimiento emita o profiera una decisión judicial en la que declare prescrita la acción penal?

Con el propósito de abordar el análisis del anterior cuestionamiento, relevante resulta precisar que conforme lo prevé el artículo 250 de la Constitución Nacional:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (Subraya fuera del texto original).

El mandato constitucional es claro en cuanto a que no habrá lugar a una investigación cuando de las resultas de las pesquisas se evidencie que los hechos denunciados no encuadran en ninguna de las conductas que el legislador estableció como jurídico-penalmente desaprobadas.

Esa regla supralegal fue desarrollada en los siguientes términos por la Ley 906 de 2004:

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.

Evidente es que en la legislación procesal penal del 2004 el mandato constitucional previamente analizado se desarrolló de manera similar, esto es, 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.). Así se concluye de sus sentencias C- 591 y C-1154 de 2005. En la primera de estas decisiones, señaló:

«Después de la reforma aprobada mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2003, la función de la Fiscalía es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación;

(...)

[E]l primer párrafo del nuevo artículo 250 Superior hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el Legislador; entre ellas, son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales: (i) ejercicio de la acción penal, (ii) investigación de los hechos que revistan las características de un delito, (iii) persecución penal, (iv) suspensión de la persecución penal, (v) interrupción de la persecución penal, (vi) renuncia a la persecución penal, (vii) principio de oportunidad, (viii)

control de legalidad, y (ix) control de garantías.

(...)

Los rasgos estructurales del procedimiento penal han sido objeto de una modificación considerable a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, en la medida en que... los poderes atribuidos a quienes participan en el proceso fueron objeto de una regulación constitucional expresa que modificó su alcance en varios aspectos:

(...)

El poder de investigación se mantiene esencialmente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, ya que ésta continúa, con posterioridad al Acto Legislativo, investida de la responsabilidad de realizar la investigación de las posibles violaciones a la ley penal... [Empero, cuando] en el artículo 250 reformado se le atribuye la obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo” [, e]l texto enmendado introduce, así, una condición para el ejercicio del poder de investigación por parte de la Fiscalía: que existan motivos y circunstancias de hecho suficientemente sólidas como para apuntar hacia la posible comisión de un delito.

(...)

[E]n lo que concierne al ejercicio de la acción penal, el nuevo sistema procesal consagra, como regla general, la aplicación del principio de legalidad, según el cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que

llegue a su conocimiento “cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. De tal suerte que el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrellables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia.» (Subrayas fuera del texto principal).

Claramente se evidencia, entonces, que con la implementación del nuevo sistema procesal con tendencia acusatoria, cambió el concepto de «acción penal»⁵ que se tenía en el sistema de corte inquisitivo anterior; variación que, a su vez, muta, entre otras nociones, las funciones adscritas a la Fiscalía General de la Nación, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la referida decisión, al afirmar:

«las funciones de la Fiscalía se mantienen iguales, en lo esencial, algunas de ellas, pero con un significado que habrá de determinarse en el nuevo contexto; tal sucede con las funciones descritas en los numerales 3 y 4 del artículo 250 en su formulación inicial de 1991, que quedaron redactadas de manera similar en los numerales 8 y 7, respectivamente, del artículo 250 reformado; pero las atribuciones que contemplaban los numerales 1 y 2 ibídem, así como lo dispuesto en el último inciso del texto original de 1991, fueron objeto de varias reformas, que se indican a continuación:

(...)

(e) El numeral 5º, tal como fue modificado por el Acto Legislativo, despoja a la Fiscalía General de la Nación de la función de declarar precluídas las investigaciones penales en los casos en que no exista mérito para formular una acusación, atribución que le había sido asignada por el numeral 2 del artículo 250 original, en virtud del cual era la Fiscalía la encargada de “calificar y declarar precluídas” dichas investigaciones. Ahora, la función de decidir sobre la preclusión corresponde al juez de conocimiento de la causa correspondiente, por regla general a petición de la Fiscalía; la reforma constitucional

también deja en claro que la decisión de declarar la preclusión de una investigación penal únicamente podrá adoptarse de conformidad con lo dispuesto en la ley.»

(...)

Cabe recordar, que el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 establece como causales de extinción de la acción penal las siguientes: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento, y los demás casos contemplados en la ley.

(...)

Al respecto cabe señalar que la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002 fijó nuevos parámetros al legislador al momento de establecer las ritualidades del proceso penal, en especial, por la creación del juez de control de garantías; el establecimiento de un juicio oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; la consagración del principio de oportunidad con control judicial, al igual que la preservación de precisas facultades judiciales en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación, como quedó visto anteriormente, no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada.

En efecto, en los casos previstos para la extinción de la acción, se trata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral

5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del fiscal; por lo tanto, tal facultad no le fue asignada por la norma Superior a la Fiscalía.

(...)

Aunado a lo anterior, la facultad que el legislador le acordó a la Fiscalía General de la Nación para archivar unas actuaciones con efecto de cosa juzgada cuando se presente una causal de extinción de la acción penal, mediante una orden sucintamente motivada que escapa a cualquier control judicial, y antes de la formulación de la imputación, vulnera gravemente los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda motu proprio decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la Fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión. (Subrayas y negrillas fuera del texto principal).

En efecto, en el transcrito 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:

El Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la obligación de la Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal siempre y cuando medien motivos suficientes y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión de un delito.

La regla general es el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y la excepción es el principio de oportunidad.

(...)

Como excepción a la anterior regla se encuentra establecido el principio de oportunidad. Para poder aplicar el principio de oportunidad, que implica la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal, se debe dar un primer supuesto: la posibilidad del ejercicio de la acción. Es decir, que se haya constatado la ocurrencia de un delito y la Fiscalía puede entonces iniciar su labor de investigación y acusación.

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 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 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.” 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.

(...)

[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.

(...)

El archivo de las diligencias, como se ha señalado, tampoco es una renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal pues estas actuaciones implican que los presupuestos para ejercer la acción penal están presentes.

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.

(...)

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; reitérase 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.

Respecto a ese tópico, la sentencia C-893 de 2012 resulta, igualmente, ilustrativa respecto de las diferencias que existen entre los conceptos de “orden de archivo” y la “decisión en la que se declara la prescripción”. Dijo la Corte Constitucional en esa oportunidad:

«La decisión de archivo no tiene un carácter definitivo ni produce efectos de cosa juzgada, de modo que debe ordenarse la reapertura del caso cuando aparece nuevo material probatorio, incluso por solicitud de las víctimas.

(...)

El archivo tiene una naturaleza, un fundamento material y unos efectos jurídicos distintos a la prescripción.»

Y a pie de página de esa afirmación explica:

«Las razones de esta distinción son las siguientes: Primero, el archivo se predica exclusivamente de las diligencias y actividades investigativas que se adelantan con ocasión de la noticia criminis, se ha activado en cabeza de los fiscales; no versa y no tiene incidencia en la acción penal, ni en la función persecutoria de los delitos, y mucho menos en la definición de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal; es más, estas gestiones pueden adelantarse incluso sin que se hayan individualizado tales sujetos. Por este motivo, el propio artículo 79 del C.P.P. se refiere al archivo de las diligencias. Por el contrario, la prescripción extingue la acción penal, hace cesar la función persecutoria de los delitos en cabeza del Estado, y tiene una repercusión concreta, directa y específica en la definición de la responsabilidad penal de los indiciados y procesados. Segundo, el fundamento de la prescripción es el paso del tiempo (art. 83 C.P.), mientras que el archivo se decide cuando existen motivos que indiquen la inexistencia de los hechos indicados en la noticia criminis o la atipicidad de la conducta investigada. //Por último, los efectos jurídicos son distintos en uno y otro

caso. La prescripción extingue la acción penal, hace cesar definitivamente la función persecutoria de los delitos, y tiene efectos de cosa juzgada. Por el contrario, el archivo no tiene efectos definitivos ni da lugar al fenómeno de la cosa juzgada; dado su carácter provisional, el caso puede ser desarchivado cuando aparezcan nuevos elementos de juicio que permitan inferir la existencia de los hechos identificados en la noticia criminis, así como la presencia de los elementos objetivos del tipo penal; esto es justamente lo que establece el artículo 79 del C.P.P. cuando dispone que “si surgieren nuevos elementos probatorios, la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.//Lo que sucede es que ante el silencio de la legislación sobre el plazo de la indagación preliminar, esta Corporación entendió el plazo coincide con el término de prescripción de la acción penal.»⁶

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, cuyo tenor literal es como sigue:

«Artículo 82. Son causales de extinción de la acción penal:

(...)

4. La prescripción.»

Artículo 83. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos

Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.» (Subrayas fuera del texto principal).

De las normas previamente transcritas 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 definírsele 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.

Verbigracia, en el artículo 26 de la Ley 599 del 2000 se prevé: «La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción penal o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.»

Lo anterior para evidenciar cómo si del instituto de la prescripción se trata, el referente será infaliblemente la acción penal, por lo que, una vez más se reitera la regla conforme a la cual solo se podrá contabilizar el término prescriptivo cuando previamente se constate la existencia de una conducta presuntamente delictiva, porque aquella supone el ejercicio de poder punitivo por parte del Estado y un derecho de tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un comportamiento que fue previamente desaprobado por el legislador al tipificarlo como delito.

Solo resta señalar que la preclusión es el mecanismo establecido en la ley procesal penal para que la prescripción, una figura de derecho sustancial, cumpla sus efectos, tal como se puede evidenciar en el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, que consagra:

«Art.334 - Efectos de la decisión de preclusión. En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocará todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.» (Subrayas fuera del texto original).

Luego, entonces, de las anteriores disposiciones surge que el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, únicamente ejercerá la acción penal en aquellos eventos en que los hechos denunciados tengan alguna característica delictiva. No siendo así, la Constitución y la legislación procesal penal facultan al Fiscal a archivar la actuación, caso en el cual no habrá referente fáctico ni jurídico para plantear que el término prescriptivo se ha cumplido, pues aunque se sabe cuándo ocurrió el hecho, al no poderse encuadrar en un tipo penal determinado, resulta imposible contabilizar algún término prescriptivo de la acción punitiva del Estado.

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.

Es decir, en el asunto en estudio «la Fiscalía General de la Nación [no estuvo] obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos», pese a la compulsa de copias emitida por la Juez 46 Penal Municipal de Bogotá contra la entonces Fiscal 331 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, NADINE ADRIANA GÓMEZ NAVARRO, porque las resultas de la indagación que adelantó la Fiscal 2ª Delegada ante el Tribunal de Bogotá permitieron establecer que aquellos elementos fácticos no «revestían las características de un delito» y, en consecuencia, ordenó el archivo de las pesquisas por atipicidad objetiva.

De otra forma dicho, en el presente caso no se activó la acción penal porque «no existi[eron] motivos o circunstancias fácticas que permit[ieran] caracteriza[r los hechos indagados] como [un] delito»⁷, razón por la cual emerge

impropio solicitar «la declaratoria judicial de prescripción» de una conducta no delictiva y menos aún requerir la preclusión de una investigación que nunca inició.

Bajo esos mismos parámetros ha de calificarse como inadecuado el «trámite interno» adelantado por la Fiscalía 35 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a proceder a desarchivar una indagación, so pretexto de obtener una declaración judicial que «finiquitara» o «cesara» la acción penal que nunca «nació» a la vida jurídica, sin el hallazgo de un nuevo elemento material probatorio que suscitara reactivar el interés del Estado en la persecución de unos hechos que «revistieran las características de un delito», tal como lo exige el segundo inciso del precitado artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

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 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 sí 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.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión emitida el 16 de agosto de 2016 por una de las Salas de Decisión

Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se abstuvo de resolver la solicitud de preclusión presentada por el Fiscal 35 Delegado ante esa corporación judicial.

Notifíquese y cúmplase

Eugenio Fernández Carlier

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando Alberto Castro Caballero

Luis Antonio Hernández Barbosa

Gustavo Enrique Malo Fernández

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Huelga precisar que, conforme se reseña a folio 43, el 15 de agosto de 2006 ROBERT STEVE CUELLAR GÓMEZ y GIOVANNY ALBERTO VARGAS GRAJALES fueron declarados penalmente responsables y condenados a 24 meses de prisión como coautores del delito de tráfico de moneda falsa.

2 Folio 43.

3 Argumentó el Fiscal 5º Delegado ante el Tribunal de Bogotá: «Que si el máximo de la pena prevista para el delito de prolongación ilícita de la libertad era de 90 meses de prisión, al que debía sumarse la tercera parte que correspondía a 30 meses el término de prescripción sería de 120 meses de prisión, es decir, 10 años de prisión que contaban a partir del 6 de noviembre de 2005 y que a la fecha estaba más que cumplido».

4 Entendiéndose por necesidad, la utilización de un medio determinado (mecanismo procesal) para el logro del fin propuesto por el apelante, atinente a que «finiquite de manera definitiva el ejercicio de la acción penal», con el cual se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de ese medio.

5 «El fundamento de... dos posiciones antagónicas... reside en la consideración de si sólo hay acción penal cuando se está frente a la posibilidad de un hecho delictivo pero no cuando la investigación demuestra que ha existido conducta punible bien sea porque no se ha ejecutado ningún comportamiento o porque el investigado no pueda subsumirse en una norma penal. O bien la acción penal es independiente de esa situación y persiste aun en el caso de que se demuestre el extremo planteado en último término.

La cuestión solo puede resolverse al establecer la naturaleza de la acción penal.

Sobre este particular se han enunciado dos tesis principales: una que la considera manifestación de la pretensión punitiva del Estado, es decir, como un derecho de éste a sancionar los delitos y que se vincula necesariamente a la existencia de un ilícito penal.

Y otra, que la estima independiente de la pretensión punitiva y encaminada sólo a poner en movimiento la función jurisdicción del Estado con miras a obtener de las autoridades correspondientes un pronunciamiento en cualquier sentido.» (Subrayas

fuera del texto principal). CSJ, AP 17 mayo 2007, radicado 24374.

6 En similar sentido las sentencias: C-412 de 1993; C-1194 de 2005; C-025 de 2009 y C-127/11.

7 Artículo 79 de la Ley 906 de 2004.