Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia: SP-2810 de 10 de Agosto de 202, Referencia: Rad. 60559

"1 Por mandato del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación cuenta con la obligación de adelantar la acción penal y efectuar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando existan motivos y hechos que indiquen su posible existencia. Asimismo, la facultad de solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento cuando no existiere mérito para continuar con la investigación.

2. El asunto que estaba a cargo de (H), en su calidad de Fiscal Especializado de la Unidad Nacional contra el Terrorismo, cursaba en la etapa de indagación, estadio preliminar del proceso que inicia con la noticia criminal, basada en una denuncia, querella, petición oficial o de manera oficiosa (artículo 200, de la Ley 906 de 2004). Dicha fase persigue unos fines específicos, que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido en su jurisprudencia, así:

"(…) Hay que rememorar que la fase de la indagación tiene como propósitos establecer la ocurrencia de los hechos llegados al cono- cimiento de la fiscalía, determinar si constituyen o no infracción a la ley penal, identificar o cuando menos individualizar a los presuntos autores o partícipes de la conducta punible y asegurar los medios de convicción que permitan ejercer debidamente la acción punitiva del Estado (…)".

Producto de estas labores, debe el Fiscal que tiene a cargo el caso sopesar los resultados y tomar una de tres posibles decisiones: i) el archivo, cuando constate que no existen elementos que permitan su caracterización como delito o indiquen su inexistencia243; ii) la preclusión, si encuentra que se configura una de las causales consagradas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, o una de las causales del artículo 82 del Código Penal; o, iii) la solicitud de audiencia de formulación de imputación, si de los resultados obtenidos se puede inferir razonablemente que el investigado es autor o participe del delito que se investiga.

3. Entonces, en esta fase (indagación) la Fiscalía tiene un rol protagónico, de ahí que, en la misma, el ente persecutor tenga una alta carga argumentativa y demostrativa para evidenciar que ha efectuado el análisis respecto de todos los posibles hechos punibles puestos a su conocimiento.

4. En el presente caso, después de que el acusado tuvo conocimiento de la existencia de una organización dedicada al tráfico de armas, ordenó y llevó a cabo registros y allanamientos entre otros del inmueble de la (el 28 de mayo de 2011), donde fueron encontradas municiones de diferentes calibres y una chaqueta de la DIJIN; y después de 5 años, el 20 de enero de 2016, ordenó el archivo de las diligencias relacionadas con la investigación, argumentando que:

"Desde que se realizó la diligencia de registro y allanamiento se indicó que el habitáculo que está debajo de la escalera no era utilizado por las personas del segundo piso, incluso los investigadores para garantizar la independencia de las dos partes del inmueble, es decir, del local comercial del primer piso y las habitaciones del segundo piso, realizaron dos actas de registro y allanamiento independientes, de allí queda claro que donde se encontraron estas municiones no es de uso exclusivo del primer ni del segundo piso, así mism o la señora (C), les indicó a los investigadores que en ese sitio no les era permitido guardar cosas, en el mismo sentido en el interrogatorio que rindió con su abogado el señor (G) afirmo ser el propietario del inmueble, que no se explica de la existencia de la munición debajo de la escalera, de un lado, porque en el último año han pasado más de tres inquilinos, y de otro porque es un espacio que es mancomunado, puede ser utilizado incluso hasta por la clientela que entra normalmente al local, por eso la percepción de los investigadores que en el informe de registro y allanamiento que anotaron el hallazgo de la munición e indicaron sin hallar

responsables, porque evidente- mente es muy complicado poder establecer quien dejo (sic) allí la munición descrita anteriormente, no hay posibilidad alguna de despejar esa incógnita.

Con el análisis precedente se entra a adoptar la decisión que en derecho corresponde, que no es otra que la de ordenar el archivo de las diligencias conforme a lo previsto en el artículo 79 del C.P.P. que señala: (…) sin perjuicio de que, si surgen nuevos elementos probatorios, la indagación pueda reanudarse si no ha prescrito la acción penal".

Para la Sala Penal del Tribunal, esta decisión, contó con suficiente sustento legal y probatorio, pues a ella arribó el procesado, luego de "agotar todos los esfuerzos investigativos" y de valorar las pruebas con que contaba, de donde se colegía "no fue posible establecer alguna persona responsable de ese espacio".

Postura que no comparte el fiscal apelante, para quien, si el Tribunal Superior hubiera adelantado una labor concienzuda de estudio y análisis probatorio, no habría tendió alternativa diferente a la de condenar.

5. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004, que regula el archivo de las diligencias, establece que:

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. En consecuencia, el problema jurídico que plantea el recurrente de cara a dicha consideración, estriba en determinar si en efecto, la decisión de archivo emitida por el acusado en su condición de Fiscal Delegado ante los

Jueces Penales del Circuito Especializado resultó manifiestamente contraria a la ley.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1154 de 2005, estudió si la anterior disposición se ajustaba a la Carta y al interpretar lo allí regulado determino:

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.

(…)

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

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 245". 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 archivo246.

En dicha decisión, el Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la expresión "motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito" corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones, acotando en relación con las atribuciones del fiscal que:

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

6. En el presente caso, el procesado adoptó la decisión de archivar el proceso, al considerar "imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción", conclusión a la que arribó luego de valorar lo manifestado por Germán Augusto Aristizábal Giraldo dueño del inmueble y del local comercial y lo indicado por los agentes que aten- dieron las diligencias de allanamiento y registro.

Conforme antes se anotó y de conformidad con lo previsto en el artículo 250 de la Constitución Política:

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.

Es decir, que i) en la estructura del proceso penal de tendencia acusatoria, 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"; y, ii) la Fiscalía tiene prohibido 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, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías247 (CSJ SP4513-2018. Radicado 51885).

En consecuencia, cuando el fiscal no puede encontrar los elementos objetivos que permitan caracterizar un hecho como típico, puede proceder, sólo bajo tales circunstancias, al archivo de las diligencias, entendida esa actuación como una simple suspensión de la indagación por inexistencia de la conducta investigada o por atipicidad objetiva de la misma y que, por lo tanto, no reviste el carácter de cosa juzgada.

7. Bajo esos parámetros, el motivo aducido por el procesado, imposibilidad de establecer al sujeto activo de la conducta, es uno de los elementos del tipo objetivo que de comprobarse dan lugar a que proceda el archivo.

Con relación a esta específica circunstancia, la Corte Constitucional C 1154 de 2015 indicó que es procedente la suspensión de la indagación "cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción", bajo el entendido de que "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".

Por tanto, para que el Fiscal pueda llegar a archivar la actuación por imposibilidad de encontrar o establecer al sujeto activo de la acción, dentro de la fundamentación no puede involucrar aspectos valorativos relativos a la responsabilidad penal, pues cuando se precisa de juicios de valor para establecer si un indiciado tuvo o no participación en la realización de la conducta punible, es al juez de conocimiento a quien corresponde definir, por vía de la preclusión de la investigación.

En estos términos lo señaló esta Corporación en la sentencia CSJ SP4513-2018, radicado 51885:

De allí que, a manera de ejemplo, frente al resultado concretado en la muerte de una persona y bajo el conocimiento obtenido de manera preliminar en la investigación a través de los actos urgentes de investigación sobre la ocurrencia de los hechos y el nexo causal con una conducta humana, resulta evidente la existencia de un autor, imponiéndose a la Fiscalía la obligación de indagar sobre su identificación puesto que se encuentra frente a la existencia de una conducta que puede caracterizarse como delito.

Ahora, si como fruto de aquellos actos de investigación, adelantados por el órgano persecutor, se establece quién o quiénes pudieron ser los sujetos activos de la conducta o, de cualquier manera, se lograra la identificación de quienes probablemente hayan participado en su ejecución, no es una posibilidad legal que el Fiscal decrete el archivo de las diligencias, pues ello implicaría una valoración del contenido de los elementos materiales probatorios, con evidente contenido subjetivo, siendo función del juez de conocimiento decidir sobre la preclusión, por regla general, a petición de la Fiscalía, claro está, si se cumple alguno de los presupuestos del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

La Sala debe precisar, por elemental que parezca, que ante una condición fáctica así verificada, están presentes los más básicos elementos estructurales del tipo objetivo: un sujeto activo individualizado, un sujeto pasivo y una conducta, realizada por acción o por omisión. Un estado de cosas así revelado no puede catalogarse dentro de las categorías que habilitan el archivo de las diligencias, esto es, que: i) no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito y ii) o indiquen su posible existencia como tal. Por lo tanto, en tales eventos no es procedente el archivo de las diligencias, en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 20042.

8. En el presente caso, se verificó que en diligencia de allanamiento y registro adelantada el 28 de mayo de

2011, luego de corroborar la información brindada por una fuente humana, que daba cuenta de que en unos inmuebles operaba una organización delincuencial familiar, dedicada al tráfico de armas de fuego, fueron encontradas en la escalera que conecta el primer y segundo piso del inmueble varios tipos de munición (un total de 65 cartuchos) y un chaleco con distintivos de la SIJIN.

De los anteriores hechos, dieron cuenta los servidores de policía judicial que atendieron la diligencia en el informe ejecutivo FPJ12 del 29 de mayo de 2011, en el que además de relatar la manera en que se llevaron a cabo las diligencias, relacionaron los elementos materiales probatorios y evidencia física, la distribución del inmueble y el lugar en que fueron encontradas las municiones, para por último, dar cuenta de que ni la inquina que habitaba el segundo piso, ni el empleado que atedia el local comercial del primer nivel, dieron razón de quien podía ser el propietario de dichos elementos.

Es decir, estaba acreditado que el hecho existió y que las circunstancias fácticas permitían su caracterización como delito. Lo que no logró dilucidarse, pese a las evidencias y todas las averiguaciones razonablemente viables, fue la identificación de los autores o partícipes”.