

***“La protección del derecho al acceso real a la administración de justicia de las víctimas en el procedimiento de desarchivo de la indagación preliminar”***

**LILIANA PATRICIA ROJAS ROJAS**

**Directora**

**Dra. Ángela María Buitrago Ruíz**

**Presidente**

**Dr. William Monroy Victoria**

**Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y  
Criminológicas**

**Universidad Externado de Colombia**

**2019**



## Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	4
Introducción.....	8
Capítulo Primero.....	12
Archivo y desarchivo de las diligencias .....	12
Aspectos generales .....	12
1.1. Concepto .....	12
1.2. Naturaleza jurídica .....	12
1.2.1. Orden de archivo como decisión de naturaleza administrativa .....	13
1.2.2. Orden de archivo como decisión de naturaleza judicial.....	14
1.3. Efectos jurídicos .....	19
1.3.1. Sobre el tránsito a cosa juzgada.....	19
1.3.2. Sobre la aplicación del principio del <i>non bis in ídem</i> .....	20
1.3.3. Sobre la investigación preliminar y los efectos sobre la acción penal.....	21
1.3.4. Sobre la obligación del juez de conocimiento para declarar la prescripción .....	21
1.3.5. Sobre la conservación de los EMP y EF durante la indagación penal .....	22
1.4. Principios rectores.....	23
1.4.1. Legalidad u obligatoriedad de la acción penal.....	23
1.4.2. Autonomía e independencia judicial.....	24
1.4.3. Investigación efectiva .....	24
1.4.4. Publicidad y contradicción .....	25
2. Tipología .....	27
2.1. El archivo de la actuación con efectos extintivos para la acción penal (art. 78 CPP)...	27
2.2. El archivo de las diligencias (art. 79 CPP) .....	28
2.3. ¿El archivo automático? (art. 49 de la Ley 1453 de 2011).....	30
2.4. El archivo especial (arts. 69 y 522 CPP) .....	32
2.4.1. Por escritos anónimos (art. 69 CPP, inciso 4).....	33
2.4.2. Por desistimiento de la querella (art. 76 CPP).....	33
2.4.3. Por conciliación en los casos de delitos querellables (art. 522 CPP) .....	35
3. Causales de archivo reconocidas en decisiones de las altas cortes .....	36
3.1. Corte Constitucional.....	36
3.2. Corte Suprema de Justicia.....	37
4. Figuras afines a la orden de archivo de las diligencias.....	42

4.1.	Resolución inhibitoria (Ley 600).....	42
4.2.	Inadmisión de la denuncia (Ley 906) .....	45
4.3.	Preclusión (Ley 906).....	47
4.3.1.	Clases de preclusión.....	48
4.3.2.	Causales de preclusión .....	49
4.3.3.	Trámite .....	58
4.3.4.	Causales concurrentes entre el archivo y la preclusión.....	59
4.3.5.	Figura del acusador privado (Ley 1826 de 2017) .....	62
4.4.	Absolución perentoria (Ley 906) .....	67
5.	El desarchivo de las diligencias (procedimiento) .....	68
5.1.	Audiencia de solicitud de desarchivo ante el juez de control de garantías.....	70
5.2.	Facultades del juez de control de garantías .....	72
5.3.	Figura afín al desarchivo de las diligencias: La revocatoria de la resolución inhibitoria (Ley 600).....	73
	Capítulo segundo .....	77
	Barreras de acceso a la administración de justicia en el procedimiento de desarchivo para las posibles víctimas .....	77
1.	Derecho al acceso a la administración de justicia de las posibles víctimas .....	77
1.2.	Concepto y fundamento .....	77
1.2.	Naturaleza jurídica .....	79
1.3.	Manifestaciones del derecho fundamental.....	80
1.3.1.	El derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la determinación o garantía de un derecho y de contar con los mecanismos judiciales o extrajudiciales idóneos y suficientes para tal efecto .....	80
1.3.2.	El derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de controversias y la sanción de los delitos .....	82
1.3.3.	El derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales .....	84
1.3.4.	El derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable y que sea acorde al derecho. Así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella .....	85
1.3.5.	El derecho a un tribunal independiente e imparcial .....	87
1.4.	Obligaciones .....	89
2.	Identificación de algunas barreras de acceso a la administración de justicia en relación con el procedimiento de desarchivo .....	90
2.1.	El procedimiento de desarchivo .....	90

2.1.1. Falta de definición de la causal de desarchivo por EMP o EF nueva.....	93
2.1.2. La ausencia de medios procesales ordinarios expresamente consagrados en la ley 906 de 2004 para reactivar la indagación preliminar por manifiesta arbitrariedad .....	96
2.2. Factores .....	103
3. Alternativas de solución ante las barreras de acceso .....	104
3.1. Aplicación analógica de la causal de acción de revisión “prueba nueva” (art. 192.3).....	104
3.1.1. Conceptualización de las expresiones EMP y EF nueva reconocidas legal y jurisprudencialmente para ordenar el desarchivo .....	105
3.2. Diferentes mecanismos de protección constitucional a las posibles víctimas ante la orden de archivo manifiestamente arbitraria.....	110
3.2.1. Situaciones de manifiesta arbitrariedad.....	112
3.2.2. Aplicación analógica del art. 172.5 CPP (Fallo determinado por la conducta típica de juez o de un tercero) .....	116
3.3.3. Acción de revocatoria de la orden de archivo ante el fiscal del caso y de reparación directa contra la FGN ante la jurisdicción contencioso-administrativa .....	118
3.3.4. Control de constitucionalidad .....	122
3.3.5. Acción de Tutela.....	123
3.3.6. Control de legalidad excepcional (arts. 230 y 250 CN, así como los arts. 79, inc. 1º, 39, 153 y 154.9 CPP) .....	131
Conclusiones.....	135
Referencias .....	146



## Introducción

El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia (en adelante Const.) establece que la titularidad del ejercicio del *ius puniendi* radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) y le impone el deber de adelantar la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.

Hablamos, entonces, de los principios de titularidad y de obligatoriedad de rango constitucional consagrados, también, en los artículos 66, 286 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) y que imponen al ente acusador el cumplimiento de dos deberes, según explica Perdomo Torres (2005, p. 26): (i) El *deber de instrucción*, que exige a la FGN iniciar la indagación y continuar con la investigación siempre que exista una sospecha fundada sobre la comisión de una conducta punible y haya sido conocida a través de una noticia criminal, v.gr. denuncia penal; este deber se extiende a la necesidad de esclarecer cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta punible, así como la necesidad de “asegurar el correcto desenvolvimiento de la investigación”. (ii) El *deber de decisión*, que impone al ente acusador la obligación de ejercer la acción penal a través del acto de imputación fáctica y jurídica en contra de la persona adecuadamente individualizada e identificada que posiblemente cometió una conducta punible según el material probatorio recaudado y asegurado de forma correcta.

El deber de instrucción del titular de la acción penal no puede ser una tarea ligera de asumir, pues su adecuado desarrollo permite contrarrestar los efectos nocivos de la impunidad y lograr de manera eficiente la garantía del derecho al acceso a la administración de justicia por parte de las víctimas. Para Ferrer Mac-Gregor (2014, p. 38 y 39), su cumplimiento debe ser lineal con los planteamientos del Sistema Interamericano en tanto, que, las autoridades estatales tienen el deber de iniciar sin dilación injustificada, una investigación “seria, imparcial y efectiva” agotando “todos los medios legales disponibles y orientados de la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos” (Mac-Gregor,

2014, p. 39). La investigación penal debe tener como objetivos principales evitar la repetición de los hechos, luchar contra la impunidad y respetar el derecho de las víctimas de conocer la verdad de los hechos.

Pues bien, en lo que se refiere al escenario colombiano, conviene examinar qué sucede si el ente acusador no logró acreditar la existencia o la caracterización del delito como presupuesto para el ejercicio de la acción penal. En tal caso, la FGN puede tomar cualquiera de las siguientes decisiones, desarrolladas en la Ley 906 de 2004: (i) Archivar la indagación preliminar en los casos de inexistencia del hecho o de atipicidad objetiva de la conducta investigada (art. 79, CPP) (Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005), con efecto de cosa juzgada formal o de provisionalidad en la suspensión de la actividad investigativa; (ii) solicitar la preclusión de la investigación, o mejor, de la indagación, al juez de conocimiento bajo el mismo presupuesto objetivo del archivo de las diligencias, o en los casos de atipicidad subjetiva, de exclusión de responsabilidad penal, entre otros, consagrados en el Artículo 322 CPP.

Sin embargo, pese a que se trata de decisiones con efecto de cosa juzgada formal y material, respectivamente, no son absolutas y pueden ser revertidas de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal. La orden de archivo de las diligencias podrá ser revocada por el fiscal del caso que la ordenó o por el juez con función de control de garantías en los casos en que el interesado y, en particular, la víctima presente un elemento material probatorio (en adelante EMP) o una evidencia física (en adelante EF) nueva (art. 79, inciso), como a bien dispone la Corte Constitucional en la Sentencia C-1154 de 2015. Por su parte, es factible que el sujeto o interviniente, legitimado a través de una acción de revisión (art. 192.4 CPP), solicite el desarchivo a la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) cuando una instancia internacional establece que existe un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente violaciones a los Derechos Humanos (Artículo 192.4 CPP; Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005) o en los casos en que se demuestre que un fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero o cuando se demuestre que la decisión con base en prueba falsa fundante para sus conclusiones (art. 192, numerales 5 y 6 CPP).



Pues bien, la presente investigación tiene por finalidad establecer ¿qué derechos fundamentales afecta la fijación del procedimiento de desarchivo en la Ley 906 de 2004? Aunque es posible que la orden de archivo de las diligencias por sí misma afecte derechos fundamentales para las víctimas, diferentes factores como la inseguridad jurídica generada por el manejo indebido (y hasta contradictorio) de la jurisprudencia sobre el archivo de las diligencias así como la falta de regulación legislativa detallada del procedimiento del desarchivo, entre otras circunstancias, han generado ciertas situaciones de vulneración del derecho fundamental al acceso real a la administración de justicia (en todas sus dimensiones) de las víctimas que se pueden presentar en el procedimiento de reanudación de la indagación preliminar. Se trata entonces, de ciertas barreras de acceso para la efectiva protección de los derechos a la verdad, justicia, repetición y garantías de no repetición a saber: (i) La falta de parámetros suficientes para definir el sentido y alcance de la causal de desarchivo por EMP o EF nueva y (ii) la ausencia de medios procesales ordinarios expresamente consagrados en la ley 906 de 2004 para reactivar la indagación preliminar por manifiesta arbitrariedad en los casos de órdenes de archivo que (ii.i) no cumplen con el deber de investigación efectiva o cuando (ii.ii) desatienden el precedente constitucional que permite archivar la indagación únicamente en los casos de atipicidad objetiva e inexistencia de los hechos.

La presente investigación es de tipo descriptivo-analítica, y se concentra en el estudio de fuentes documentales que permitan identificar cuál es la regulación normativa (legal y jurisprudencial) de la figura del archivo de las diligencias, así como del procedimiento de desarchivo. En la misma línea, la pesquisa se extiende a la identificación de casuística (de situaciones problemáticas) que demuestra la existencia de barreras de acceso al derecho fundamental y que denota el incumplimiento de obligaciones convencionales adquiridas por el Estado colombiano como son las de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención (Artículos 1.1 y 2, CADH).

Así las cosas, la investigación tiene como objeto encontrar cuáles son los parámetros jurídicos que el operador jurídico debe tener en cuenta para resolver la solicitud de desarchivo de la indagación preliminar y que permitan garantizar la protección efectiva del derecho al acceso a la administración de justicia de las víctimas.

Se busca ofrecer diferentes alternativas para solventar tales situaciones problemáticas con base en principios y reglas de interpretación que se encuentran tanto en el ordenamiento jurídico procesal como en el bloque de convencionalidad conformado por la CADH y por la Jurisprudencia de las altas Cortes (a nivel nacional e interamericano).

## **Capítulo Primero**

### **Archivo y desarchivo de las diligencias**

#### **Aspectos generales**

##### **1.1. Concepto**

El archivo de las diligencias, archivo provisional o, también, denominado archivo penal es la facultad que tiene la FGN para ordenar la suspensión de la indagación preliminar en aquellos casos en que, teniendo el conocimiento de un hecho por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, y después de recaudados los elementos materiales probatorios, EMP, evidencia física, EF, e información legalmente obtenida, ILO, concluye que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o que indiquen su posible existencia como tal. Esta figura se encuentra regulada por el inciso 1 del art. 79 CPP. Según explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SP CSJ) en términos textuales:

Cuando la Fiscalía emite una orden de archivo no ejerce la acción penal, porque no está frente a hechos con peculiaridades aparentemente delictivas; reitérese 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”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP336-48759, 2017, p. 19)

##### **1.2. Naturaleza jurídica**

En lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica, las altas cortes han tenido una posición ambigua y contradictoria para definir cuál es la importancia del archivo de las diligencias más allá de la necesidad de abandonar el fantasma del sistema inquisitivo que permitía al ente acusador tomar decisiones con efectos definitivos, como sucedía con la decisión de preclusión consagrada en el art. 39 de la Ley 600 de 2000. Para la

Corte Constitucional, el archivo es “una decisión judicial más de tipo administrativo que una providencia en sí misma considerada, que no genera en términos concretos ni cosa juzgada, ni afecta la caducidad de la acción penal, ni consolida una decisión definitiva del Fiscal” (Corte Constitucional, T- 520A, 2009, párr. 3.5). En un sentido similar, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas (en adelante STP CSJ) entiende que el archivo de las diligencias es una *orden* según los términos del párrafo del art. 161 CPP (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal - Sala de Tutelas, STP16816-94397, 2017, p. 33). Sin embargo, no se puede catalogar como una decisión de naturaleza judicial (como verdadera providencia judicial) porque no tiene por efecto principal la cosa juzgada material (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, AP336-48759, 2017, p. 32).

De todo lo anterior, se echa de menos saber cuáles son las razones de fondo para catalogar la orden de archivo como una decisión de naturaleza administrativa y qué implicaciones trae etiquetarla de esa manera, más allá de su efecto de provisionalidad en la paralización de la actuación investigativa o de la ausencia de recursos. Así como la necesidad de establecer cuáles son los requisitos mínimos que debe contener el archivo penal y qué tratamiento debería tener esa decisión en caso de que las altas cortes cambien de perspectiva y consideren el archivo de las diligencias como una decisión de naturaleza judicial.

### **1.2.1. Orden de archivo como decisión de naturaleza administrativa**

Si las altas cortes mantienen su postura de considerar que el archivo penal es una decisión de naturaleza administrativa, se hace necesario también reconocer se trata de un acto administrativo de carácter particular y que nace a la vida jurídica una vez se agote su publicitación (arts. 37 y 66 de la Ley 1437 de 2015), que, para la Corte Constitucional es obligatorio tanto para el Ministerio Público, como para el denunciante o víctima (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2015, p. 104 y 105). Sin embargo, aunque se presume la legalidad de la actuación, no se establece cuál es el procedimiento para solicitar la nulidad de la decisión como quiera que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) restringe su posibilidad a determinados supuestos contemplados en el art. 137.

### **1.2.2. Orden de archivo como decisión de naturaleza judicial**

Por el contrario, si las altas Cortes cambian de posición y catalogan al archivo penal como una decisión de naturaleza judicial, traería las siguientes implicaciones:

#### **a) Requisitos mínimos de la orden de archivo**

Conforme a su naturaleza judicial, es posible reconocer los requisitos mínimos que debe contener la orden de archivo. La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia explica que de conformidad con el párrafo del art. 161 CPP, las decisiones que profiere la FGN se denominan órdenes y por tanto, deben contener los mismos requisitos del art. 162 CPP de cualquier otra providencia judicial, solo con la particularidad que para sus decisiones *no proceden recursos, se emiten por fuera de las audiencias y, por ende, son escritas* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP134- 46806, 2016, p. 35-37); esto, en virtud del principio de libre configuración legislativa. Conforme a este planteamiento, es posible considerar que la orden de archivo de las diligencias debe contener, como mínimo, la mención de la autoridad que la profiere, la mención del lugar, día y hora en que se emite la orden, la identificación del número de radicación designado a la actuación, una fundamentación fáctica y jurídica con los motivos de estimación y desestimación de las fuentes de prueba, esto es, de los EMP y EF legalmente obtenidos en la indagación preliminar, la causal que procede la orden de archivo y los efectos que pueda generar para aquellas personas que posiblemente se vean afectadas con la decisión. De igual forma, el hecho de que no procedan los recursos de ley para contrarrestar los efectos de la decisión proferida por el ente acusador no la convertirá en una decisión de carácter de naturaleza administrativa, sino que el Poder Legislativo y, posteriormente, la Corte Constitucional habilitaron al denunciante, a la víctima, así como al Ministerio público la posibilidad de reanudar la indagación preliminar en los eventos en que se alleguen fuentes de prueba de carácter novedoso.

#### **b) Criterios formal y material que permiten reconocer la naturaleza judicial**

De conformidad con los criterios formal y material, es factible reconocer que el ente acusador aún mantiene decisiones judiciales como es el caso de la orden de archivo de las diligencias. Esta situación, desde luego, no es ajena a otras decisiones de naturaleza similar que todavía mantiene como la orden de allanamiento de registro, incluso, con finalidad exclusiva de capturar al indiciado (Corte Constitucional, Sentencia C-366, 2014).

Tanto en la redacción original del art. 250 de la Constitución Política de Colombia (en adelante CPC), como en la Ley 270 de 1996 -estatutaria de administración de justicia (en adelante LEAJ) se reconoce a la FGN como órgano adscrito a la rama judicial y, en consecuencia, como órgano administrador de justicia (Devis, 2015, p. 61). Sin embargo, esta labor se ejerce de manera diferente respecto de las funciones propias de los jueces de la república (de control de garantías y de conocimiento) que tienen por misiones principales la de *controlar la legalidad de la actuación* de la FGN, de particulares y otros funcionarios públicos, v.gr. control de legalidad de las búsquedas selectivas en base de datos, así como la de *dirigir como árbitro la contienda procesal que se suscriba entre las partes del proceso penal* (defensa – FGN), v.gr. durante la práctica de los interrogatorios en el juicio oral. Se trata, entonces, del **criterio formal u orgánico** de las funciones jurisdiccionales que mantiene la FGN y que explica textualmente la Corte:

Esta lógica que indica la existencia de funciones tanto jurisdiccionales, como no jurisdiccionales de la Fiscalía, fue mantenida por la **reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002**, cuyo artículo 2 modificó el artículo 250 de la Constitución, relativo a las funciones de la Fiscalía General de la Nación. La diferencia consistió en que redujo, de manera considerable, sus funciones jurisdiccionales. Para determinar cuáles de estas funciones son jurisdiccionales, será necesario recurrir al criterio formal de las funciones jurisdiccionales, el único que pone de presente la identidad material de las distintas funciones del Estado. Este criterio indica que la función pública es jurisdiccional cuando de manera expresa la Constitución o la ley la han calificado como tal, como se deriva del artículo 116 de la Constitución Política. La calificación jurisdiccional también debe entenderse, de manera indirecta, cuando la Constitución ha atribuido a determinado órgano, la decisión en una materia de

expresa reserva judicial. (Corte Constitucional, Sentencia C-232, 2016, párr. 16. **Negrita dentro del texto**)

Si se tiene en cuenta que, según el ***criterio material***, son actos jurisdiccionales “los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable” (Gordillo, 2005, p. 259), de acuerdo con los arts. 1 y 2 de la LEAJ, la administración de justicia es parte de la función pública estatal que hace efectivos derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en el ordenamiento constitucional con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. En lo que se refiere al archivo de las diligencias, además de tener por efecto la cosa juzgada formal, entra en juego un derecho fundamental como es *el acceso real y efectivo de la administración de justicia* –en cabeza del denunciante y de la víctima– entendido expresamente por ventura:

Es la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, [...] podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución. (Ventura, 2005, p. 3)

Es el fiscal del caso quien adquiere un rol protagónico durante la indagación preliminar y es quien tiene por misión resolver cuál es la suerte que debe correr la acción penal, de manera que, con base en los actos de investigación, archiva la indagación, solicita la preclusión ante el juez de conocimiento o, finalmente, vincula formalmente al proceso penal, a través del acto de imputación, a la persona identificada e individualizada que, posiblemente, haya realizado la conducta punible que ha sido conocida previamente a través de una *noticia criminal*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 1326-52706, 2019, p. 23). Sin embargo, adaptando las palabras de Devis Echandía, que se reconozca la función de archivar como decisión de naturaleza judicial, se resalta su importancia teniendo en cuenta que se aplica la ley general a los casos particulares;

se interpreta el contenido de la ley; se crea una norma, pero nunca preceptos penales de carácter sustantivo (Devis, p. 62 y 63).

Conforme al último aspecto, es posible reconocer al ente acusador como órgano de producción normativa derivada que hace parte del ordenamiento jurídico positivo materializándose a través de una orden que debe respetar los principios de unidad, coherencia y plenitud normativa (De Asís Roig, 1995, p. 43).

**c) Reconocimiento de dos principios rectores que rigen en el archivo penal por su naturaleza judicial: Autonomía e independencia**

Reconocer la naturaleza judicial del archivo de las diligencias tiene implicaciones para el reconocimiento de la autonomía e independencia de los fiscales frente a sus superiores jerárquicos, en especial, frente a la celebración de los comités técnico-jurídicos regulados el Decreto Ley 016 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”, que fue modificado por el Decreto Ley 898 de 2017 y que fue objeto de control de constitucionalidad en la Sentencia C-232 de 2016. Tales comités consisten en la conformación de un grupo de fiscales (generalmente el fiscal del caso y sus superiores jerárquicos) para revisar situaciones y casos adelantados por los fiscales delegados en atención a los principios de gestión y jerarquía que rigen al ente acusador. De conformidad con su reglamentación, en caso de discrepancia con la posición del fiscal del caso, prevalecerá la decisión del comité. Sin embargo, la Corte Constitucional estimó textualmente que tal situación no predica frente a las funciones judiciales que subsisten de manera excepcional a cargo de la FGN:

En los términos expuestos en esta sentencia, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales de esta Corte, debe entenderse que los principios de unidad de gestión y jerarquía son inaplicables al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los fiscales delegados y, por lo tanto, la posibilidad de organizar comités técnico-jurídicos, cuya decisión prevalece, se refiere exclusivamente al ejercicio de las funciones no jurisdiccionales que la Fiscalía ejerce. En estas funciones, la



autonomía de los fiscales delegados no es la exigida por el artículo 228 de la Constitución para quienes ejercen funciones jurisdiccionales, sino la establecida por el legislador, es decir, aquella que permite al fiscal delegado apartarse del concepto del comité técnico-jurídico, bajo el entendido que, en caso de insistencia, prevalecerá el concepto del comité. Por consiguiente, se concluye que los apartes demandados de las normas bajo control de constitucionalidad serán declaradas exequibles. (Corte Constitucional, C-232, 2016, párr. 31)

Pues bien, contrario a lo que se espera de los altos Tribunales a nivel nacional para que se pronuncien sobre los principios que rigen a la decisión de archivo penal, de manera contradictoria (y no menos paradójica), han procurado defender la actuación del fiscal frente a los cuestionamientos de legalidad que se ha hecho en su actuación, reconociendo que sus decisiones son autónomas e independientes. Para la Corte Constitucional, a pesar de la autonomía de los fiscales para tomar decisiones, no pueden deslindarse de los deberes que les impone la ley, debido a la titularidad de la acción penal, ya que sobre ellos recae la responsabilidad de la investigación (Corte Constitucional, T- 520A, 2009, párr. 7.3). En igual sentido, para la SP CSJ “aunque los fiscales son autónomos en sus decisiones, no pueden renunciar al ejercicio de la acción penal y abstenerse de desplegar actos de investigación que permitan determinar si procede el archivo, la solicitud de preclusión o la imputación de cargos.” (Corte Suprema de Justicia, SP4319-44792, 2015, p. 20). Finalmente, el propio ente acusador expresamente ha reconocido la autonomía e independencia en las decisiones de archivo en la Resolución de enero de 2009 la Dirección de Fiscalías Nacionales, citada en sentencia de Tutela de la Corte Constitucional (T- 520A, 2009, párr. 2.1):

[...] el sólo hecho de que el Fiscal de Conocimiento dentro de su autonomía o independencia hubiere ordenado archivar la actuación no conlleva que sea inminente su procedencia, máxime cuando existen otros mecanismos legales ordinarios a los que la representante de la víctima puede acudir. (literal g. artículo 11 de la Ley 906 de 2004)

En consecuencia, de lo anterior y de reconocer el carácter judicial en el archivo de las diligencias, mediante comités técnico-jurídicos, se proscribió la imposición de decisiones concernientes a ordenar la suerte de la indagación preliminar en aras de disponer el archivo de las diligencias, así como para decretar el desarchivo, restricción que incluye la elección de las causales que procede en ambas figuras.

### **1.3. Efectos jurídicos**

Respecto de los efectos o posibles consecuencias que trae la orden de archivo es posible encontrar lo siguiente:

#### **1.3.1. Sobre el tránsito a cosa juzgada**

La Corte Constitucional ha mantenido la postura de *negar los efectos de la cosa juzgada material* en la orden de archivo queriendo significar que la indagación preliminar se puede reanudar si surgieren nuevos EMP o EF, mientras no se haya extinguido la acción penal según las situaciones reguladas en el art. 77 CPP, esto es, la muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento y los demás casos definidos por el Poder Legislativo (Corte Constitucional, C-497, 2015, párr. 31).

Al igual que sucede con el auto inhibitorio regulado en el art. 327 de la Ley 600 de 2000, anterior al actual CPP, al archivo de las diligencias la CSJ le reconocía que sí hacía tránsito a cosa juzgada de carácter formal. Sin embargo, en una aparente variación de posición del alto tribunal, en la siguiente providencia explícitamente cambia la expresión cosa juzgada formal por la de provisionalidad, que, en la práctica, se refieren a la misma situación de intangibilidad, irrevocabilidad y de inmutabilidad que NO permiten caracterizar a la decisión de archivo penal:

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”.*

Y a pie de página de esa afirmación, explica:

*[...] 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.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, AP336-48759, 2017, p. 42 y 43)*

### **1.3.2. Sobre la aplicación del principio del *non bis in ídem***

La SP CSJ ha entendido que la ausencia de cosa juzgada material de la orden de archivo permite desconocer una posible vulneración del principio de *non bis in ídem* frente a otro procesamiento o investigación preliminar activa que acoja el mismo *factum*, como quiera que no le es posible predicar las características de irrevocabilidad y mucho menos de intangibilidad de la decisión (SP11005-39400, 2014, p. 20). Dicho de otra manera, es posible que existan indagaciones preliminares activas y, a la vez, archivadas por los mismos hechos sin que se vulneren derechos adquiridos ni mucho menos expectativas razonables para el indiciado conocido. Sin embargo, en el evento que, en la indagación vigente arroje EMP o EF novedosos que permitan contrarrestar los efectos de la investigación preliminar archivada y por la misma situación fáctica denunciada, es posible que la FGN ordene su reanudación y su posterior conexidad conforme con el art. 52 CPP según los términos explícitos de la Corte Constitucional:

En suma (i) en virtud del principio de unidad procesal procede decretar la conexidad en los eventos específicamente señalados por la ley. Dicha conexidad (ii) se funda en las relaciones existentes entre los diferentes sujetos que concurrieron a la causación de un delito o en el tipo de relación existente entre los

diferentes delitos. La declaración de conexidad (iii) puede ocurrir en la etapa de investigación a cargo de la Fiscalía y, cuando ello no ha ocurrido antes de la acusación, puede el fiscal solicitarla al juez al momento de su formulación, o el defensor en la audiencia preparatoria. La regulación relativa a la unidad procesal (iv) persigue propósitos constitucionales muy valiosos que explican que la conexidad deba ser declarada o atendida cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 51, procediendo su ruptura únicamente en los casos señalados en el artículo 53. (Corte Constitucional, C-497, 2015, párr. 9)

Finalmente, en caso de que la actuación penal cuente con una decisión de fondo v. gr., preclusión, principio de oportunidad o sentencia (condenatoria o absolutoria) por los mismos hechos y se desee revivir una indagación preliminar, sí se hace necesario garantizar el principio de cosa juzgada.

### **1.3.3. Sobre la investigación preliminar y los efectos sobre la acción penal**

El archivo de la diligencia o las diligencias, tiene por efecto principal la paralización de los actos investigativos en el marco de la etapa preliminar del proceso penal; sin embargo, no implica la renuncia, interrupción, como, tampoco, la suspensión de la acción penal. Para la Corte Constitucional, “estas actuaciones implican que los presupuestos para ejercer la acción penal están presentes” como sucede en los casos de aplicación del principio de oportunidad que se encuentra regulado en los arts. 321 CPP y siguientes (Corte Constitucional, C-1154, 2005, p. 97). De igual manera, la orden de archivo no tiene efectos de interrupción de los términos de la prescripción penal, situación que difiere frente a la audiencia de imputación (art. 292 CPP) o respecto del traslado del escrito de acusación (art. 13, parágrafo 1 de la Ley 1826 de 2017).

### **1.3.4. Sobre la obligación del juez de conocimiento para declarar la prescripción**

El juez de conocimiento no está obligado a declarar la prescripción de la acción penal en relación con las indagaciones archivadas. Como la orden de archivo no tiene incidencia en la acción penal ni en la función persecutoria de los delitos, tampoco tendrá mayor injerencia en la responsabilidad de los presuntos infractores debido a que es

probable archivar la indagación penal sin que se hayan individualizado tales personas. Diferente situación se da en los casos de preclusión por motivo de prescripción en que los jueces de conocimiento sí tienen incidencia en el ejercicio de la acción penal, pues deben, por virtualidad, cesar la función persecutoria de los delitos en cabeza del Estado y tiene, además, repercusión en la responsabilidad penal.

Es improcedente solicitar la declaración judicial de la prescripción de una conducta que no reviste las características de un delito. Por el contrario, en el evento en que se reanude la indagación preliminar con base en el surgimiento de un elemento nuevo que denote la configuración de un delito, la FGN debe revisar si se da el tiempo para determinar el fenómeno de prescripción, caso en el cual deberá solicitar al juez de conocimiento que profiera tal disposición, con lo cual se hará tránsito a cosa juzgada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP336-48759, 2017, p. 56).

#### **1.3.5. Sobre la conservación de los EMP y EF durante la indagación penal**

Para la CSJ, como quiera que el archivo de las diligencias no hace tránsito a cosa juzgada, pues es factible que la decisión se revoque a petición de la persona interesada cuando aparezcan nuevas fuentes de prueba que permitan caracterizar un hecho como delito, no se permite al ente acusador ordenar la destrucción del material probatorio. Por el contrario, dicho material “debe quedar disponible para una eventual reapertura investigativa, situación que impone a los operadores judiciales la carga de conservarlos hasta que se adopte una decisión definitiva” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP4319-44792, 2015, p. 29).

En el mismo sentido, según el Manual del Sistema de Cadena de Custodia de la FGN, es el juez de conocimiento el competente para disponer el destino final del EMP o de la EF, cuando se extinga la acción penal por presentarse alguno de los casos previstos por el art. 77 CPP, salvo que la acción penal deba continuarse sobre los demás imputados o acusados respecto de los cuales no concurren las causales de extinción (Fiscalía General de la Nación, Manual del sistema de cadena de custodia, 2018, p. 39). En consecuencia, el fiscal del caso no es el operador judicial habilitado para decidir sobre la suerte del material probatorio recaudado durante la indagación preliminar que se encuentre archivada.

## **1.4. Principios rectores**

A continuación, se dan a conocer los principios que rigen la actuación del fiscal del caso encargado de la decisión de archivar la indagación preliminar.

### **1.4.1. Legalidad u obligatoriedad de la acción penal**

El artículo 250 de la CPC consagra la obligación de la FGN de adelantar la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan “las características de un delito que lleguen a su conocimiento [...], siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. Según expresamente señala la Corte Constitucional, cuando la noticia criminal se asigna al fiscal competente, deberá determinar su fundamento y establecer lo siguiente:

(i) Si los hechos que llegan a su conocimiento revisten las características de un delito investigable de oficio; y (ii) si median suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. La verificación de los requisitos establecidos en el artículo 69 (identificación del autor de la denuncia, constancia de tiempo de presentación, relación detallada de hechos, manifestación acerca del conocimiento sobre otra denuncia y juramento), conforman una metodología diseñada por el legislador para la recepción de la denuncia a través de la cual el órgano investigador pueda establecer la concurrencia de los parámetros constitucionales que le permiten inferir si una denuncia tiene fundamento, es decir, si está frente a un hecho que presenta características de delito, y si la información aportada le permite deducir que el hecho efectivamente aconteció. Se trata de una constatación fáctica sobre presupuestos elementalísimos para abordar cualquier investigación, cuya concurrencia activa la obligatoriedad que frente al ejercicio de la investigación penal radica el artículo 250 de la Carta en la Fiscalía General de la Nación. (Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005, p. 24)

### **1.4.2. Autonomía e independencia judicial**

El artículo 5 de la Ley 270 de 1996 establece, como principios de la administración de justicia, la autonomía e independencia de la Rama Judicial, explicando que “[..] ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

Como se determinó en líneas anteriores, que se reconozca la naturaleza jurisdiccional de las funciones de la FGN, en el marco del archivo penal, permite legitimar los principios de autonomía e independencia judicial con el fin de evitar que las decisiones sean resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Al respecto, el máximo Tribunal constitucional explica que, cuando el fiscal del caso ejerce funciones judiciales, no le está permitido al máximo representante del ente acusador, como a ningún otro superior jerárquico, injerir en sus decisiones ni proponerle pautas en relación con la manera en que deberían resolver su caso o interpretar las normas, so pena de atentar contra tales principios. Al respecto, la Corte Constitucional literalmente aclara:

De aceptarse que el Fiscal General de la Nación o los superiores jerárquicos de los fiscales pudieran entrometerse en los procesos penales, se tornaría la segunda instancia en un mecanismo totalmente inocuo, en detrimento del investigado y con violación del debido proceso, puesto que quien iría a fallar no sería un funcionario imparcial e independiente, como lo debe ser cualquier juez, sino un funcionario ligado a unas órdenes u orientaciones, que está obligado a cumplir. [...]

De otra parte, es pertinente anotar que la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía orgánica o funcional frente a los demás entes estatales, pues es ella la única que puede ejercer la acción penal, adelantando la investigación y acusando a los presuntos responsables de los delitos. (Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1994, p. 16 y 17)

### **1.4.3. Investigación efectiva**

Para las Naciones Unidas, la investigación debe producir resultados en términos de eficiencia y de eficacia, lo que implica la utilización de un método, de una técnica

concreta que debe estar precedida de una planeación, una dirección, una conducción y un control que permitan asegurar resultados a corto plazo y prever lo que podría suceder a largo plazo, por ejemplo, en la eventualidad que se proceda a un juicio oral para que el caso se decida mediante sentencia. En desarrollo del programa metodológico, el fiscal, en compañía de su investigador, debe analizar la información con la que se cuenta, formular una hipótesis y planear cuál será la orientación que le dará a la investigación (Naciones Unidas - oficina para la droga y el delito, Planeación de la investigación y plan metodológico, Programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe –LAPLAC, p. 22- 26).

En el mismo sentido, para la CIDH, es un deber de los Estados -de inexcusable cumplimiento- investigar la posible comisión de las conductas punibles que debe realizarse de manera seria, imparcial y efectiva, de manera que no se lleve a cabo como una simple formalidad. Según esta institución, debe disponerse de todos los medios legales para que la investigación resulte en la concreción de la verdad y se persiga, capture, enjuicie y castigue a los responsables materiales e intelectuales de los hechos (CIDH, caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143).

Finalmente, de conformidad con la posición que tiene la Corte Constitucional, el fiscal del caso deberá archivar las diligencias, únicamente, cuando existe una justificación para hacer cesar la indagación preliminar; esto es, cuando la evidencia de que se dispone no permite establecer la real ocurrencia de los hechos reportados en la noticia criminal o la falta de elementos objetivos para determinar algún tipo penal. El parágrafo del art. 49 de la Ley 1453 de 2011 establece unos plazos para la indagación preliminar que permite exhortar “a las instancias investigativas a actuar de manera diligente y eficiente, pero sin que su vencimiento implique el archivo inmediato de las diligencias” (Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2012, p. 24 y 26). Sobre esta regulación se hablará más adelante.

#### **1.4.4. Publicidad y contradicción**

Tanto la víctima, como el promotor de la noticia criminal tienen derecho a que el ente acusador les comunique la orden de archivo de las diligencias cuando se constata



que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan identificar la existencia o características de un delito. En opinión de la Corte Constitucional, los derechos de las víctimas se ven afectados de manera directa por el archivo de las diligencias; son los primeros interesados en el esclarecimiento de la verdad y la prevención de la impunidad. Por lo tanto, la decisión de archivo debe ser motivada y conocida por los agraviados con el fin de que manifiesten su inconformidad fundada en elementos objetivos. A través de la efectiva comunicación de la decisión de archivo a las víctimas, se garantizan sus derechos; así mismo, este actor del proceso está facultado para aportar nuevos elementos probatorios con el fin de reanudar la investigación y, en caso de que sea negada, tienen la opción de acudir al juez de control de garantías para que examine su caso. Así, la Corte Constitucional, al ratificar el interés que les asiste a las víctimas en el evento de archivo de las diligencias en la etapa de indagación, “declaró la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 (Corte Constitucional, C-233, 2016, párr. 20.1).

Si bien es cierto que, en virtud del principio de libre configuración legislativa, no se consagra en el CPP la posibilidad para interponer recursos y, de esta manera, controvertir la decisión del archivo penal ante el mismo funcionario que la profirió o ante el superior jerárquico para revertir los efectos de esa decisión, no es menos cierto que la Corte Constitucional habilitó la posibilidad para acudir ante el juez de control de garantías de cara a lograr el desarchivo. Esta posibilidad no se debe interpretar como una especie de control de legalidad automático a la orden en sí misma considerada.

Respecto de la ausencia de recursos para atacar los efectos de la orden de archivo, el mismo tribunal estima que dicha orden se incluye entre las que el art. 161 de la Ley 906 de 2004 especifica y está avalada por la titularidad sobre la acción penal que detenta la FGN. En efecto, el art. 79 CPP no establece recursos procedentes contra la orden de archivo y tampoco son aplicables los recursos ordinarios del art. 176. Sin embargo, la CSJ considera que, sin ánimo de comparar con figuras definidas en normas procesales previas, lo estipulado por la Ley 906 de 2004 relativo al archivo de las diligencias “guarda algunas semejanzas con la resolución inhibitoria que regula el artículo 327 de la Ley 600 de 2000, y en esta última, se plasman los recursos de reposición y apelación mencionados con claridad” (Corte Constitucional, T- 520A, 2009, párr. 3.3).

## 2. Tipología

El archivo de la indagación preliminar no encuentra regulación exclusiva en el art. 79 CPP. A continuación, se explica cuáles son los tipos de archivo que han sido expresamente reconocidos por el ordenamiento procesal penal.

### 2.1. El archivo de la actuación con efectos extintivos para la acción penal (art. 78 CPP)

Según la redacción original del art. 78 de la Ley 906 de 2004, la FGN estaba facultada para decretar preclusión de la indagación a través de una orden de archivo sucintamente motivada declarando la extinción de la acción penal por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley, como es el caso del pago, la indemnización integral o de la retractación contemplados en el Artículo 82 del Código Penal (en adelante CP). La decisión de preclusión se debía tomar antes de la formalización del proceso penal (a través de la formulación de imputación), porque, si tal situación ocurre, la FGN perdía dicha facultad para que quedara en manos del juez de conocimiento. El art. 78 textualmente contenía lo siguiente:

**Artículo 78. Trámite de la extinción.** La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación.

A partir de la formulación de la imputación la Fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Sin embargo, las expresiones “*mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación*”, del inciso primero del artículo 78 CPP, por un lado, y “*a partir de la formulación de la imputación*”, del inciso

segundo de la misma disposición y, finalmente, “a partir de la formulación de la imputación”, por otro, fueron declaradas inexequibles mediante Sentencia C-591/05 con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- Al Poder Legislativo le está vedado acordarle facultades judiciales a la FGN.
- La constatación de la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal no es meramente objetiva o automática, sino que requiere de una valoración ponderada.
- Tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal.
- La solicitud de preclusión deberá ser siempre presentarla por el fiscal ante el juez de conocimiento; es decir, en cualquier momento, y no solamente a partir de la formulación de la imputación.
- Finalmente, la declaratoria de preclusión de la acción penal debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud de la FGN.

En consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional marcó un gran derrotero en esa sentencia fundante de línea jurisprudencial para proscribir (en la mejor manera posible) a la FGN que ejerciera funciones que deben corresponder como competencia exclusiva y excluyente de precluir el proceso penal (en cualquiera de sus etapas) con efecto de cosa juzgada y conforme con los postulados del Estado Constitucional de Derecho que debe regir el sistema normativo colombiano (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 81-93).

## **2.2. El archivo de las diligencias (art. 79 CPP)**

La redacción original del artículo 79 del CPP habilitaba a la FGN para disponer del archivo de las diligencias de la indagación preliminar sin control de legalidad por parte del juez de control de garantías cuando no existía cualquier motivo o circunstancia que permitiera la caracterización de un delito como tal o indicara su posible existencia. Lo

anterior dejaba una puerta abierta para que procediera la no formalización del proceso penal en los eventos en que no se perfeccionara alguno de los elementos tradicionales de la conducta punible o en los casos en que no pudiera iniciarse o proseguirse el proceso o que se demostrara una causal de ausencia de responsabilidad, al mejor estilo de la resolución inhibitoria establecida en la Ley 600 de 2000 (art. 327), pero con ciertas diferencias. En lo que se refiere al límite temporal del archivo de las diligencias, el artículo 79 CPP (a diferencia de la resolución inhibitoria) estableció que sólo puede ser revocado en los eventos en que surgieren elementos materiales probatorios (EMP) o evidencia física (EF) novedosa (eso sí, antes de la formulación de imputación), siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal, pues, si incurre en alguno de los supuestos anteriormente enunciados, procede la preclusión de la indagación preliminar. Ésta era la principal diferencia que existía entre ambas figuras procesales además de la competencia sobre quien radicaba. El precepto normativo expresamente contenía lo siguiente:

**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.

Como era de esperarse, el precepto legal fue objeto de estudio de constitucionalidad por la Corte Constitucional y fue declarado exequible condicionalmente mediante Sentencia C-1154/05, M.P. Manuel Cepeda Espinosa, bajo las consideraciones que se resumen enseguida:

- No se está en un caso de suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal; no se trata de un caso de desistimiento y, mucho menos, se trata de un caso de preclusión.

- Según la clasificación establecida por el Artículo 161 CPP, el archivo de las diligencias entra dentro de la clasificación de las providencias judiciales como un orden.
- A la FGN, no le es dable, en la decisión, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni, mucho menos, sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad; por tanto, no necesita del control judicial de garantías obligatorio.
- A la FGN, sólo le es competente 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 lo que se refiere a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, la jurisprudencia de la CIDH ha declarado las distintas formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción, y garantías de no repetición que incluyen, entre otras, la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad.
- Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad y que puedan conocer dicha decisión.

En consecuencia, la Corte Constitucional ejerce su función de poder legislativo negativo del Artículo 79 CPP, en el entendido de que la expresión “*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*” corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

### **2.3. ¿El archivo automático? (art. 49 de la Ley 1453 de 2011)**

El Artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 (por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las

reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad) modificó el Artículo 175 de la Ley 906 de 2004, que consagra el tiempo de duración máximo de las indagaciones preliminares (principio de plazo razonable). El precepto normativo regula como límite temporal el término de dos, tres y hasta cinco años a partir de la recepción de la noticia criminal (denuncia, querrela, petición especial, etc.) para que el ente acusador tome la decisión de formular la imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. El artículo mencionado está redactado fielmente de la siguiente manera:

**Artículo 175.** Duración de los procedimientos.

[...]

Parágrafo. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia *criminis* para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.

Con ocasión a esa modificación normativa, se creó un escenario inusitado con innumerables solicitudes de archivo de las diligencias (principalmente de parte de defensores) por el cumplimiento automático de los plazos establecidos para la indagación penal. En consecuencia, la Corte Constitucional con base en “*la doctrina del Derecho viviente*” recoge diferentes decisiones de la rama judicial como son, la Circular No. 005 del 8 de septiembre de 2011 de la FGN, diferentes decisiones de los jueces con función de control de garantías, así como diversas decisiones de tutela de la CSJ; en la Sentencia C-893/12, recurre a diferentes herramientas hermenéuticas que le permitió declarar la constitucionalidad simple del parágrafo del precepto mencionado según los argumentos que se resumen a continuación:

- El límite temporal impulsa a desarrollar las facultades y funciones de la FGN de manera diligente y eficaz.
- No afecta los derechos de las víctimas porque obliga a las instancias a materializar sus derechos en términos cortos y precisos.
- Aunque, eventualmente, el término puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el Artículo 79 del CPP, y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello.
- Los términos de dos, tres y cinco años previstos en la disposición acusada, responden a criterios de razonabilidad y se enmarcan dentro de la libertad de configuración legislativa. Los procesos individualmente considerados deben tener una duración sensata y prudente, teniendo en cuenta los factores señalados anteriormente, sin que en ningún caso el plazo sobrepase el límite legal (Corte Constitucional, C-893, 2012).

No obstante, aunque en la sentencia de constitucionalidad se hizo referencia a los derechos de las víctimas para materializar las investigaciones en términos cortos, no previó ni, tampoco, dio pautas sobre cuál era la forma de controlar los términos y, mucho menos, explicó cuáles eran las consecuencias para el ente acusador en los casos de inactividad de la investigación. Hasta el momento, el Poder Legislativo, que es el primer llamado a resolverlo, tampoco ha hecho nada al respecto, por lo que es posible concluir que ese precepto, prácticamente, de papel es, pues carece de eficacia para lograr su cumplimiento.

#### **2.4. El archivo especial (arts. 69 y 522 CPP)**

El archivo de las diligencias no obedece únicamente a las causales reconocidas por la Corte Constitucional mediante C-1154/05. En los siguientes apartados, se explica cuáles son las causales que habilita al ente acusador para proferir archivo de las diligencias diferentes de la inexistencia de los hechos y de atipicidad de los hechos objeto de indagación.

#### **2.4.1. Por escritos anónimos (art. 69 CPP, inciso 4)**

El art. 69, inciso 4 habilita a la FGN a proferir orden de archivo en los casos en que reciba escritos anónimos, esto es, sin autor que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación preliminar. Para Bernal Cuellar & Montealegre Lynette, la facultad del ente acusador no puede ser ejercida de manera irreflexiva sin antes examinar, de manera detallada, el contenido de la noticia criminal, como quiera que debe “precisar si de dicha información se desprende el posible quebrantamiento a la ley penal, caso en el cual debe adelantar las diligencias mínimas de constatación o verificación de estas circunstancias. En caso contrario, debe ordenar de inmediato el archivo”. (Bernal y Montealegre, 2013, p. 102 y 103). Reza idénticamente el precepto normativo:

**Artículo 69. Requisitos de la denuncia, de la querrela o de la petición.** La denuncia, querrela o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.

[...]

Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente.”

#### **2.4.2. Por desistimiento de la querrela (art. 76 CPP)**

La querrela es una de las condiciones de procedibilidad de la acción penal y únicamente puede ser presentada por la víctima de la conducta punible. De acuerdo con el art. 76 CPP, es posible que el fiscal del caso decida archivar la investigación preliminar cuando el querellante desista de la instauración de la querrela hasta antes de la presentación del escrito de acusación. Reza exactamente el art. Citado:



**Artículo 76. Desistimiento de la querrela.** Modificado por el art. 6, Ley 1826 de 2017. <El nuevo texto es el siguiente> En cualquier momento de la actuación y antes del inicio de la audiencia de juicio oral, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de desistir de la acción penal.

Si al momento de presentarse la solicitud no se hubiese presentado escrito de acusación, 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 presentado escrito de acusación le corresponderá al juez de conocimiento, luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, o del acusador privado, según sea el caso, determinar si acepta el desistimiento.

En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores o partícipes de la conducta punible investigada, y una vez aceptado no admitirá retractación.

La manifestación del querellante para desistir de la formulación de la noticia criminal se puede realizar de manera verbal o escrita, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos:

- **Que sea libre:** La libertad es entendida como la estricta autodeterminación para tomar decisiones libres, responsables y voluntarias.
- **Que sea voluntaria:** El desistimiento debe estar exento de vicios de voluntad como son el error y la fuerza.

El error consiste en la creencia falsa o ignorante de algún dato acerca de la realidad que puede ser propia o creada por la contraparte, o por un tercero. Por su parte, la fuerza implica todo acto que puede “producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella” (art. 1513 del Código Civil). Para que el este el acto vicie el consentimiento, “no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento” (art. 1514 del Código Civil).

- **Que sea informada:** La autoridad que verifica el desistimiento debe percatarse de que el querellante entienda de forma clara, completa y veraz las consecuencias de su decisión respecto del procedimiento penal.

En todo caso, si el desistimiento se presentó con posterioridad a la presentación del escrito de acusación al juez de conocimiento, le corresponderá decidir la solicitud de preclusión para que decrete la extinción de la acción penal, de conformidad con los arts. 332, numeral 1 CPP y 82 numeral 2 del CP.

#### **2.4.3. Por conciliación en los casos de delitos querellables (art. 522 CPP)**

Según el art. 522 CPP, el agotamiento de la diligencia de conciliación será obligatorio cuando se trate de los delitos querellables descritos en el art. 74 CPP y como requisito de procedibilidad de la acción penal. En el evento que, en la conciliación, hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, el fiscal del caso podrá ordenar el archivo de las diligencias. En caso contrario, podrá ejercer la acción penal correspondiente “sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación”. El art. 522 CPP contiene literalmente lo siguiente:

**Artículo 522.** *La conciliación en los delitos querellables.* La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

Como se observa, el inciso 4 del artículo citado establece que la inasistencia injustificada del querellante tendrá como consecuencia la orden de archivo de las diligencias, porque se entenderá como un caso de desistimiento de la querrela regulado por el art. 76 CPP.

### **3. Causales de archivo reconocidas en decisiones de las altas cortes**

En adelante, se explica cuál es el desarrollo jurisprudencial que ha mantenido tanto a la Corte Constitucional como a la Corte Suprema de Justicia en materia de causales de procedencia del archivo de las diligencias. En concreto, cuando se refiere al alcance del inciso primero del art. 79 CPP sobre la atipicidad objetiva, ya que el mismo precepto también habilita al ente acusador a archivar por inexistencia de los hechos.

#### **3.1. Corte Constitucional**

Para la Corte Constitucional, el archivo de la indagación preliminar procede cuando no existen motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito para que se excluya cualquier interpretación de las normas que no se corresponda con la verificación de la tipicidad objetiva; también, para impedir que, en un momento inicial, se tengan consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que correspondan, exclusivamente, a la competencia a los jueces de conocimiento y no al fiscal del caso; y, finalmente, para que el ente acusador realice la constatación fáctica sobre los presupuestos elementales para abordar cualquier investigación y determine la posible existencia material de un hecho y su carácter, aparentemente, delictivo. Sin entrar en discusiones de tipo doctrinario, entiende que el tipo objetivo, al menos, está

conformado por un sujeto activo del delito, una acción típica y, por regla general, un resultado penado. En consecuencia, la Corte declara la exequibilidad del art. 79 CPP en el entendido de que la expresión “*motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*” corresponde a la tipicidad objetiva.

### **3.2. Corte Suprema de Justicia**

Para la CSJ, el hecho de que la Corte Constitucional no entrara en detalles de tipo doctrinario, generó una sensación de inseguridad ante la falta de claridad sobre el alcance las facultades del fiscal del caso para ordenar el archivo de las diligencias. En consecuencia, la Sala Plena de la CSJ fijó su criterio sobre qué se debe entender por tipicidad objetiva, a partir de la enunciación de una casuística que puede ser invocada por el ente acusador para archivar, así como para los casos en que no es factible tomar dicha decisión. (Reyes Alvarado, 2014, p. 5-36). Hablamos, entonces, del auto 2007-0019 del 5 de julio de 2007 con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas que expone expresamente lo siguiente:

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

#### **5.1. En cuanto a los sujetos:**

5.1.2. Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer quién es el sujeto pasivo de la acción;

5.1.3. 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.

## **5.2. En cuanto a la acción:**

5.2.1. 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;

5.2.2. 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.

## **5.3. En cuanto al resultado:**

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

5.3.2. 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 apto para ser disparado.

## **5.4. Otros elementos:**

5.4.1. 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;

5.4.2. Cuando se trata de un delito imposible, como sería el caso de atentar contra la vida de otro disparándole con una pistola de agua;

5.4.3. Cualquiera (sic) que sean las circunstancias del hecho cuando se refiere a un delito querellable que es objeto de conciliación;

5.4.4. Cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Auto No. 2007-0019, 2007, p. 15 y 16) (Subrayado y negrita dentro del texto)

Igualmente, la Sala Plena de la CSJ explícitamente ofrece ejemplos de casos en los que no procede la orden de archivo:

**6.1. En cuanto a los sujetos:**

6.1.1. 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;

6.1.2. 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);

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

6.1.4. En los delitos especiales cuando la controversia gira alrededor de la calidad o cualificación que debe tener el autor del hecho.

**6.2. En cuanto a la acción:**

6.2.1. 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;

6.2.2. En todos los supuestos de creencia errónea de estar actuando acorde a derecho;

6.2.3. En los casos en que la acción se considere desplegada en el ámbito de una causal de ausencia de responsabilidad;

6.2.4. Cuando la controversia gira respecto de si el hecho se consumó o quedó en grado de tentativa.

**6.3. En cuanto al resultado:**

6.3.1. Cuando en los delitos culposos se discute la infracción al deber objetivo de cuidado, el principio de confianza o el criterio del hombre medio;

6.3.2. En los delitos de mera conducta o actividad, como es el caso del delito de *violación de habitación ajena*.

**6.4. Otros elementos:**

- 6.4.1. En los cursos causales complejos o hipotéticos; cuando sea menester determinar que el resultado se atribuye o no al peligro creado con la acción;
- 6.4.2. 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;
- 6.4.3. En los delitos que contienen bienes jurídicos pluriofensivos cuando la lesión se hace evidente respecto de uno de ellos;
- 6.4.4. Cuando se discute si existió o no lesión al bien jurídico;
- 6.4.5. 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;
- 6.4.6. Cuando se resuelve sobre la prescripción de la acción penal o la caducidad de la querrela;
- 6.4.7. Cuando el indiciado o imputado desea extinguir la acción por medio de la oblación;
- 6.4.8. Cuando se produce el desistimiento de la querrela en asuntos en los que se ha formulado la imputación. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Auto No. 2007-0019, 2007, p. 16 y 17) (Cursiva y negrita dentro del texto)

Pese a que la doctrina mayoritaria y muchos de los operadores jurídicos han aceptado la obligatoriedad de la interpretación de la CSJ en el auto mencionado a los casos similares que llegan al conocimiento del ente acusador, en el año 2014, el tratadista Yesid Reyes Alvarado cuestionó la noción de “tipicidad objetiva” con la que había trabajado el alto tribunal en el año 2007, pues, en su consideración, no se compadece “con el estado actual de la teoría del delito”; la distinción entre las facetas objetiva y subjetiva del tipo penal “es meramente ontológica en cuanto considera que a éste pertenece todo lo que ocurra dentro de la mente del autor y a aquella lo que acaece fuera de ella”. A diferencia de las consideraciones hechas por la Sala Plena de la CSJ, para el experto en imputación objetiva, le está permitido ordenar el archivo de las diligencias en interpretación y en cumplimiento de la Sentencia C-1154/05 que declaró la exequibilidad condicionada del art. 79 CPP:

- Además de los casos en que el indiciado no desplegó *ontológicamente* la conducta descrita en el tipo penal, también procede el archivo cuando la persona carece de la *cualificación* descrita en el tipo penal.
- Cuando no se constata la existencia de la relación causal como elemento objetivo del tipo.
- Cuando se constata que una persona ha actuado dentro del *riesgo permitido*, “lo cual incluye las hipótesis en las que su comportamiento puede ser abarcado por el denominado principio de confianza”. Contrario sensu, si la persona “se ha comportado de una manera distinta a como debía hacerlo, pero esa actuación puede ser tolerada de manera excepcional, entonces se estará en frente de una justificante” situación que debe ser valorada en sede de preclusión. En consecuencia, en lo que tiene que ver con las *causales de ausencia de responsabilidad*, procede el archivo penal en los casos del cumplimiento de un deber legal, del legítimo ejercicio de un derecho de una actividad lícita o de un cargo público (art. 32 CP), como quiera que se trata de tres situaciones reconocidas dentro del marco del riesgo permitido.
- Frente a los delitos de *omisión*, el fiscal del caso está posibilitado para ordenar el archivo cuando se constata que la persona indiciada no estaba obligada a actuar en el caso concreto.
- Cuando no se demuestra que no existió afectación de forma indebida al *bien jurídico tutelado*, por ejemplo, en los casos en desarrollo del correcto ejercicio de una actividad lícita (por encontrarse dentro del riesgo permitido), en los casos de delito putativo o, inclusive, en los casos de tentativa inidónea por no afectar para nada al bien jurídicamente tutelado.
- Si en la investigación preliminar se constata la inexistencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, es factible archivar la indagación con absoluta independencia si se trata de un delito *de mera conducta o de resultado*. (Reyes Alvarado, 2014, p. 5 - 36)

Por el contrario, el doctrinante considera que le está vetado al fiscal fundamentar la orden de archivo con base en consideraciones de “culpabilidad, en justificantes, en



causas de inculpabilidad o en aspectos pertenecientes al tipo subjetivo” (Reyes, 2014, p. 5 - 36), alegando aspectos relacionados con la parte cognoscitiva del dolo, con la intención o con los ingredientes subjetivos del tipo penal de hecho, razones de previsibilidad en los delitos imprudentes. Finalmente, para al ente acusador le está restringido archivar la indagación en los casos de insignificancia o mínima afectación al bien jurídicamente tutelado debido a que encuentra su regulación como causal de principio de oportunidad regulado en el art. 324, numeral 14.

#### **4. Figuras afines a la orden de archivo de las diligencias**

El archivo de las diligencias encuentra su antecedente inmediato en la figura de la resolución inhibitoria en el art. 327 de ley 600 del 2000. En lo que se refiere a la Ley 906 del 2004, la figura encuentra tanto similitudes como ciertas diferencias frente a algunas figuras análogas tales como la inadmisión de la denuncia (art. 69 CPP), la preclusión (art. 331 CPP) y la absolución perentoria (art. 442 CPP). A continuación, se explica el sentido y alcance de cada una de estas facultades con el propósito de delimitar el campo de acción del fiscal del caso en el momento de ordenar el archivo de las diligencias.

##### **4.1. Resolución inhibitoria (Ley 600)**

En Sentencia T-520A/05 de la Corte Constitucional y en diferentes decisiones de la CSJ, se ha explicado que el archivo de las diligencias encuentra su antecedente inmediato en la figura de la resolución inhibitoria, regulada en el art. 327 de la Ley 600 de 2000, de manera que se trata de una decisión de naturaleza interlocutoria con efectos de cosa juzgada formal -de competencia exclusiva de la FGN-. (STP21905-2017, Radicación nro. 95503, CSJ, SP, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y STP1395-2016, Radicación No. 83.806, CSJ, SP, Sala de decisión de tutelas No. 2, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero). El precepto normativo dispone directamente lo siguiente:

**Artículo 327. Resolución Inhibitoria.** <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> 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. 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.

(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-760-01 de 18 de julio de 2001, Magistrados Ponentes Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

La resolución inhibitoria tiene las siguientes características:

- Procede cuando “no se encuentra mérito para iniciar formalmente instrucción en contra de una persona a quien se sindicada de haber ejecutado una conducta presuntamente delictiva, el titular de la acción penal, mediante decisión motivada, puede inhibirse de hacerlo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, STP14864-101412, 2018). Por tanto, la resolución inhibitoria pone a fin la indagación preliminar e impide dar comienzo al proceso desde el punto de vista estrictamente formal (Bernal Cuellar y Montealegre Lynette: 2002, p. 68).
- Las causales de procedencia de la resolución inhibitoria son mucho más amplias que las reconocidas para el archivo de las diligencias. La resolución procede en los eventos de ausencia de tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, en los supuestos contemplados en el art. 32 CP (causales de extinción de la acción penal), en los casos de estado de necesidad, error invencible sobre la ilicitud de la conducta y legítima defensa. (STL7836-2017, Radicación n.º 73029, CSJ Sala de Casación Laboral, M. P. Gerardo Botero Zuluaga).

- También procede la figura en los casos de desistimiento e indemnización integral frente a los delitos en los que procede la conciliación, pues el ente acusador deberá inhibirse una vez verifique los términos del cumplimiento del acuerdo pactado (art. 41 de la Ley 600 de 2000).
- Al igual que sucede con el archivo de las diligencias, la resolución inhibitoria no procede por el simple paso del tiempo, que sería por el cumplimiento del término máximo de 6 meses que debe durar la investigación previa que dispone el art. 325 de la Ley 600 de 2000. El precepto se debe interpretar de manera conjunta con el art. 327 ibídem y se entiende que el fiscal del caso cuenta con ese plazo máximo para decidir si “ordena la apertura de instrucción o se abstiene de hacerlo, desde luego, de conformidad con la valoración conjunta de las pruebas acopiadas” (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP7584- 45.622, 2015, p. 30 y 31).
- Para Montealegre Lynette y Bernal Cuellar, en interpretación del art. 324 de la Ley 600 de 2000, no procede el inhibitorio por falta de identificación de los autores o partícipes, pues en su consideración impediría la práctica de pruebas necesarias para garantizar la vinculación legal del sujeto activo de la conducta penal (Bernal y Montealegre, 2002, p. 74).
- El Ministerio Público, el denunciante o querellante y el perjudicado o sus apoderados están habilitados para interponer recursos de reposición y, en subsidio, de apelación ante el Delegado fiscal superior (inciso final, art. 327) para controvertir los efectos de la resolución inhibitoria. La apelación se concede en efecto suspensivo (art. 193 de la Ley 600 de 2006).
- Al no hacer tránsito a cosa juzgada, la firmeza se adquiere con la ejecutoria de carácter formal, entendido como el límite para “precluir únicamente la posibilidad de interponer recursos contra la decisión mediante la cual el funcionario se abstiene de abrir investigación.” Únicamente, procede su revocación cuando se allegue “prueba sobreviniente o se demuestre que se dejaron de analizar pruebas aportadas durante la indagación previa. Petición que debe resolver el funcionario que dictó la providencia, por resolución inhibitoria susceptible de los recursos ordinarios” (Bernal y Montealegre, 2002, p. 68 y 69).

- En cuanto a la competencia, debe ser proferido el inhibitorio por el servidor público que realizó o dirigió la indagación previa en cumplimiento de todos los factores determinantes de la competencia.

#### 4.2. Inadmisión de la denuncia (Ley 906)

Los requisitos de la denuncia penal se encuentran plasmados en el art. 69 CPP. Para la Corte Constitucional, se trata de una “manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendida o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo modo y lugar, que le consten” (Sentencia C-1177/05). Reza explícitamente el art. 69 CPP en su redacción original:

**Artículo 69. Requisitos de la denuncia, de la querrela o de la petición.** La denuncia, querrela o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.

En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento.

La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.

Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente.

Siendo un instrumento para la activación del derecho al acceso a la administración de justicia, la denuncia penal ostenta de las siguientes características:

- Es un acto *constitutivo y propulsor* de la actividad estatal con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible que debe ser investigado de oficio.
- Es un *acto formal*, que, aunque carece del rigor de una demanda, sí exige una mínima carga para el autor de la denuncia, quien podrá formularla verbalmente, o

por escrito, o por cualquier medio técnico que permita identificar al autor de la conducta penal, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el promotor de la indagación preliminar; así mismo, deberá manifestar si le consta que los hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.

- Es *un acto debido* en cuanto involucra el deber jurídico de poner en conocimiento de las autoridades los hechos que deban investigarse de oficio salvo que se trate de un caso amparado en los derechos constitucionales a la no autoincriminación, y a la inviolabilidad del secreto profesional.
- Es un *acto informativo*, es decir, al carecer la denuncia de un fundamento probatorio en sí misma, no se considera para establecer la forma en que se formula imputación y, tampoco, para establecer el grado de participación o de ejecución del hecho.
- No es *un acto desistible* ni permite al denunciante retractarse de la presentación de la noticia criminal (Corte Constitucional, C-1177, 2005).

Sin embargo, como se puede observar, el inciso 2 del art. 69 CPP dispone la facultad de la FGN para inadmitir aquellas denuncias que carezcan de fundamento, que, para la Corte Constitucional, se entiende en dos supuestos para su procedencia:

- a) Cuando los hechos que pone en conocimiento *no revisten de las características de un delito*, es decir, no reúnen los aspectos meramente descriptivos de la conducta (tipicidad objetiva), como en aquellos casos en que la denuncia contiene hechos inocuos o intrascendentes para el Derecho Penal.
- b) Cuando los hechos denunciados *carecen de existencia*. Aunque no se trata de un traslado de la carga probatoria, el denunciante debe cumplir con información que permita inferir de forma razonable la existencia de los hechos. Se requiere un mínimo de credibilidad en la declaración de su conocimiento y que se aporte información que permita construir una hipótesis en la investigación que pueda ser verificable (Corte Constitucional, C- 1177, 2005, p. 21 y 22).

En consecuencia, mediante la sentencia citada (C-1177/05), la Corte declara la inexecutable condicionada del inciso 2 del art. 69 CPP de la expresión “en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento” en el entendido que “la inadmisión de la denuncia únicamente procede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de delito. Esta decisión, debidamente motivada, debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al denunciante y al Ministerio Público” (Corte Constitucional, C- 1177, 2005) para que sea posible ajustar la declaración de su conocimiento a los requerimientos de la fundamentación, a pesar de que el poder legislativo no dispuso de un término máximo para ello.

#### **4.3. Preclusión (Ley 906)**

La figura de la preclusión es una forma de terminación anticipada y anormal de la actuación penal, cuya competencia radica, exclusivamente, en el juez de conocimiento (Corte Constitucional, sentencias C-118/08, C-920/07 y C-591/05). Tiene por efecto principal la extinción de la acción penal, de modo que impide al ente acusador continuar con la pretensión punitiva y exonerar al sujeto pasivo de la acción penal de sufrir la imposición de una eventual sanción por los mismos hechos (principio del *non bis in ídem*), como quiera que la decisión adquiere el carácter de cosa juzgada material (art. 334 CPP). (CSJ SP, AP 1529-2016, radicación No. 44679, M.P. Eyder Patiño Cabrera).

La redacción original del art. 331 CPP literalmente permitía a la FGN solicitar la preclusión a partir de la apertura formal del proceso penal, esto es, el acto de imputación:

**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.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-591/05, declaró la inexecutable de la expresión “a partir de la imputación”, con lo cual permitió que el competente declare la terminación del procedimiento a partir de la indagación preliminar cuando no existiere mérito para continuar con la investigación, a partir de la interpretación armónica de los arts. 78 y 80 CPP con base en los siguientes argumentos:

- La norma distingue dos situaciones: si se presenta antes o con posterioridad a la audiencia de imputación de cargos ante el juez de control de garantías con efectos extintivos (art. 80). Si se presenta antes de la audiencia, el fiscal será competente para archivar la actuación según los términos del art. 78 CPP ya estudiado en líneas anteriores. Por el contrario, el ente acusador deberá solicitar la preclusión al juez de conocimiento también con efectos de extinción de la acción penal.
- Si bien es cierto que el Poder Legislativo goza de libertad de configuración legislativa para regular los procedimientos judiciales y administrativos, sus facultades no son absolutas, en tanto que las regulaciones deben ser razonables y proporcionadas. En consecuencia, el Poder Legislativo no está en competencia para ir en contra de las reglas del nuevo sistema penal acusatorio, como tampoco puede asignarle, a la FGN, facultades judiciales adicionales, entre ellas, la de dictar la circunstancia que determina la extinción de la acción penal con tránsito a cosa juzgada, lo que genera la orden de archivo de ciertas actuaciones, antes de que se formule la imputación; orden que debe ser valorada, pues no tiene carácter de objetiva o automática.
- En consecuencia, le corresponde al fiscal la presentación de la solicitud de preclusión ante el juez de conocimiento, lo cual indica que es procedente hacerlo *en cualquier momento* y no solamente “a partir de la imputación”. Explica la corte que “la declaratoria de preclusión de la acción penal debe ser siempre adoptada por el juez de conocimiento a solicitud del fiscal” (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 83 a 97).

#### **4.3.1. Clases de preclusión**

Se habla, entonces, de dos formas de preclusión: La que se solicita en la etapa de la investigación y la que se solicita en la etapa del juzgamiento. La primera se puede hacer durante la investigación (que comprende, tanto la etapa de la indagación preliminar, como la investigación propiamente dicha). El único sujeto legitimado para hacer la solicitud de preclusión es la FGN, siempre que se “acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii)

la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3168-53107, 2018, p. 23). En consecuencia, se exige que la preclusión se encuentre demostrada de manera cierta, esto es, que no exista duda o posibilidad de verificación contraria con mejor esfuerzo investigativo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 5151-48204, 2016, p. 12).

En cuanto a la segunda, una vez se radique el escrito de acusación la FGN, el Ministerio Público e, incluso, la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión del proceso penal con fundamento en hechos, sucesos o acontecimientos sobrevinientes, esto es, que sean nuevos o ajenos a los fundamentos a la acusación (Corte Suprema de Justicia, SP 9245, 2014).

#### **4.3.2. Causales de preclusión**

Las causales se encuentran descritas de manera taxativa en el art. 332 CPP:

**Artículo 332. Causales.** El fiscal solicitará la preclusión 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. **Numeral declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-806 de 2008.**

**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.

El Poder Legislativo diferenció las causales de procedencia de la preclusión: las **causales subjetivas** (i) requieren valoración del material probatorio debiendo diferirse, para su resolución, en la sentencia, pues se relacionan con fenómenos de tipicidad,



ausencia de responsabilidad, entre otros temas y se erigen como motivo de improseguibilidad cuando se hallan plenamente demostradas en el proceso. Por el contrario, las **causales objetivas** (ii) son los motivos de improseguibilidad de la acción penal que impide su ejercicio o continuación como la muerte del procesado o la prescripción, entre otras, que deben ser declaradas en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos. (Corte Suprema de Justicia, SP 9245, 2014).

Sin embargo, se aclara que, en principio, el Poder Legislativo escogió como *causales objetivas de preclusión*, tanto la ***extinción de la acción penal*** (causal 1ª), como la ***inexistencia del hecho*** (causal 3ª) y aclaró que, de forma posterior, la jurisprudencia constitucional reconoció el ***vencimiento de términos*** (causal 7ª) para presentar la acusación penal así como la ***atipicidad objetiva absoluta*** (causal 4ª) según los términos del procedimiento especial abreviado, como se explicará con más detenimiento. Por ahora, se hará necesario concentrarse en las causales 1ª y 3ª del art. 332 CPP, que habilitan al Ministerio Público, como a la defensa, para solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento con efectos extintivos, después de radicado el escrito de acusación por parte del ente acusador.

La Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*contempladas en los numerales 1º y 3º*”, contenida en el párrafo del art. 332, y explicó que la diferenciación de las causales (objetivas respecto de las subjetivas) obedece al respeto que mantuvo —esta vez— el poder legislativo por la esencialidad del sistema penal con tendencia acusatoria, bajo los siguientes argumentos que se transcriben a continuación:

La pretensión de retrotraer el momento culminante de formación del juicio del juez sobre aspectos definitorios del caso, a una fase anterior, mediante una solicitud de preclusión que apunta a los mismos objetivos del juicio, introduce una alteración a la estructura del sistema, sin que de otra parte, tal opción se traduzca en una mayor garantía para el acusado. Éste debe contar con amplios espacios que le permitan desplegar toda una actividad probatoria y de argumentación jurídica, orientada a desvirtuar la probabilidad de verdad que ampara la acusación, tanto en relación con la existencia de la conducta delictiva, como respecto de la autoría o participación (art. 336). Este espacio se lo brinda de manera más

adecuada el juicio, que una audiencia de preclusión (Corte Constitucional, C-920, 2007, p. 28).

A partir de lo anterior, se hace necesario exponer el contenido de las causales de preclusión. A continuación, se hará una breve presentación siguiendo el mismo orden de las causales enumeradas de manera taxativa en el art. 332 CPP:

**a) Improseguibilidad de la acción penal**

La primera causal es un precepto normativo en blanco; esto es, el intérprete debe acudir a los arts. 77 CPP y 82 CP con el fin de establecer cuáles son los presupuestos en que procede esta causal de preclusión. Al respecto, la CSJ expresamente afirma:

Sobre la imposibilidad del ejercicio de la acción penal, se entienden las circunstancias que dan lugar al fenecimiento de la persecución penal contempladas en el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal, a saber, la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral, la retractación, la conciliación y la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, en los casos previstos en la ley. (Corte Suprema de Justicia, AP626, 2017)

Para el mismo tribunal, en garantía del principio de reserva de ley, al intérprete del precepto normativo le está vetado aplicar, analógicamente, causales que no se encuentren reguladas de manera expresa por el ordenamiento penal, en tanto que la analogía corresponde a un criterio de interpretación accesorio, por medio del cual es posible aplicar la ley a circunstancias que presentan hechos similares a los contemplados expresamente en ella. En relación con la expresión “los demás casos contemplados por la ley”, presente en los artículos 82 y 77 de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, atinentes a la extinción de la acción penal, se asume como una “herramienta jurídica del legislador para reafirmar que sólo la ley puede definir los eventos de extinción de la acción” o como “un instrumento facilitador de adiciones normativas, en las que, de

manera expresa, se establezcan nuevas circunstancias” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, Radicado No. 39679).

Sobre el sentido y alcance de algunas de las causales de extinción de la acción penal, la Corte Constitucional ha explicado su alcance en la Sentencia C-591/05; a pesar de ser objetivas, pueden presentar dificultades en su constatación, por lo que es necesario superarlas en audiencia de preclusión. En efecto, la Corte estima que, en la causal referente a la muerte del indiciado, por ejemplo, se presenta dificultad en casos de desaparición, suplantación de cadáver, etc. Por su parte, la causal de prescripción, que, supone ser de carácter objetivo, en tanto el funcionario se atiene al principio de legalidad para decretarla, a partir del cumplimiento del plazo máximo determinado para el hecho punible en cuestión, “no implica el análisis de fondo del proceso, sino la simple verificación de los términos transcurridos a partir de la fecha en que se produjo el hecho” (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 88). Al respecto de dicho término, se presenta, comúnmente, polémica al tratar de establecer la fecha de inicio para el conteo (momento de consumación del delito) antes de la formulación de la imputación, lo cual es similar en los delitos continuados en los que se dificulta establecer la fecha del último acto. También, conlleva discusión la calidad del servidor o el lugar donde ocurrió la conducta punible para establecer el término de prescripción a la luz del art. 83 CP. Las dificultades para establecer el plazo se han extendido, también, a delitos como la desaparición forzada (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 88).

En cuanto a la extinción de la acción por aplicación del principio de oportunidad, la misma sentencia aclara que el juez de control de garantías debe asegurar la legalidad y no comprometer la presunción de inocencia, en atención al art. 327 del nuevo CPP, de manera que la procedencia de esta causal se dará únicamente si hay “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 89). En relación con la oblación, que se refiere a la imposición de multa por pena, de acuerdo al monto tasado de indemnización, se pone fin al proceso al pagar el valor fijado por el juez. La valoración del juez, también, es necesaria en la causal relacionada con la amnistía (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 89).

En lo que toca a la caducidad y desistimiento de la querrela, pueden ocasionar debate. La primera reviste dificultad en la determinación del término de caducidad, por lo que la Corte se atiene al plazo de seis meses estipulado en el nuevo CPP, teniendo en cuenta que, cuando el querellante desconoce dicho término, “el término de caducidad se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan”. El desistimiento o voluntad del querellante de no continuar con el proceso, por su parte, difiere en cuanto al momento de presentación en relación con la formulación de imputación: antes de ella, el funcionario debe comprobar que sea voluntario, libre e informado para aceptarlo; después de la imputación, el juez debe tener en cuenta la opinión del fiscal (Corte Constitucional, C-591, 2005, p. 90).

Es de agregar que la sala de casación penal, por interpretación favorable del art. 42 de la Ley 600 de 2000, extendió como causal de preclusión la indemnización integral cuando no sea viable la aplicación del principio de oportunidad, es decir, con posterioridad de haberse iniciado la audiencia de juzgamiento (o de juicio oral) hasta antes de que se profiera el fallo de Casación, frente a los delitos que cobija la vigencia simultánea entre los dos estatutos de procedimiento penal ordinario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 35946, 2011, p. 5 y 6). Sin embargo, se debió incluir a aquellos cobijados por el procedimiento penal abreviado (Ley 1826 de 2017) que excluyó de la vigencia de aplicación frente a Ley 600 (Buitrago, 2017). Finalmente, se admite la retractación como causal de extinción de la acción penal siempre que se cumplan las condiciones contempladas en el art. 225 CP.

#### **b) Existencia de una causal de ausencia de responsabilidad**

La segunda causal de preclusión establecida en el art. 332 CPP se remite a las causales consagradas en el art. 32 CP (Corte Suprema de Justicia, AP979-50095, 2018, p. 9-10) y comprende aquellos comportamientos de justificación así como de inculpabilidad excluyendo la responsabilidad penal para el indiciado o procesado que a continuación se transcriben:

**ARTÍCULO 32.** *Ausencia de responsabilidad.* No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

### **c) Inexistencia del hecho investigado**

La tercera causal de preclusión admite la terminación anticipada de la actuación penal cuando, en virtud de los EMP o EF y aportada a la actuación, se obtiene certeza de que el suceso material fáctico no ocurrió (Corte Constitucional, C-920, 2007). Con un poco más de detenimiento, la CSJ explica que esta causal implica “la ausencia de cualquier acción relevante para el derecho penal”; es decir, el hecho que se imputa no ocurrió. En palabras de la corte: «como cuando se imputa un homicidio y la presunta víctima aparece con vida, o *“cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado”*» (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 8175-42422, 2014, p. 8).

### **d) Atipicidad del hecho investigado**

La CSJ interpretó que la cuarta causal de preclusión incluye tanto los supuestos de atipicidad objetiva como los de atipicidad subjetiva, situación que, en principio, marca la diferencia respecto del archivo de las diligencias que se limitaría únicamente a los casos de atipicidad objetiva. Según la CSJ, es el juez penal quien debe determinar la preclusión, la aplicación del principio de oportunidad o la realización del juicio oral en los casos en que se discuta sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, en tanto que el fiscal se atiene a la concreción de las circunstancias que indican la inexistencia del delito para decretar el archivo de las diligencias (Corte Suprema de Justicia, AP 368, 2018).

### **e) Ausencia de participación**

Para la CSJ, la quinta causal supone que, a partir de EMP o EF, se pueda

determinar, de manera contundente, la ausencia de responsabilidad por parte del imputado en los hechos que se le endilgan; es decir, a través de dichos elementos, se tiene la certeza de que el imputado “no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 31537, 2009, p. 7).

**f) Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia**

La causal sexta permite al juez de conocimiento decretar la preclusión cuando no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan superar la duda razonable o que los actos de investigación se hayan agotado hasta su máximo límite de lo racional. Según los términos de la CSJ, se entiende que la FGN debe demostrar que investigó exhaustivamente el caso y no pudo comprobar la autoría o responsabilidad del indiciado, con lo que prevalece la presunción de inocencia. Aclara la Corte que dicha investigación se debe atener al principio de progresividad del proceso; esto es, en etapa de indagación, la incapacidad para probar la participación del investigado en el delito depende de los EMP, EF e información legalmente obtenidos. Por lo tanto, si no se tiene certeza de la intervención del indiciado, no será posible pasar a la siguiente etapa procesal y se procederá a estipular la preclusión (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión AP6363-42949 de 2015, p. 12 a 14).

**g) Preclusión por vencimiento del término para acusar**

La séptima causal consiste en la procedencia de la preclusión por vencimiento de los términos del art. 294. Sin embargo, su interpretación debe extenderse a la lectura armónica del art. 294 CPP. Al respecto, los preceptos literalmente contienen lo siguiente:

**ARTÍCULO 294. VENCIMIENTO DEL TÉRMINO.** <Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.

De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.

Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento.

**ARTÍCULO 175. DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS.** <Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

**PARÁGRAFO.** La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia *criminis* para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.



**PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 35 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los anteriores términos se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

De conformidad con los arts. 332.7, 294 y 175 CPP, la FGN el poder legislativo dispone, para formular la acusación, solicitar la preclusión o para aplicar el principio de oportunidad, hasta de 30 días, que se cuentan a partir del día siguiente de la formulación de imputación. De no hacerlo, perderá el fiscal del caso su competencia para seguir actuando, de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición, el imputado quedará en libertad inmediata y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento.

Como era de esperarse, para la Corte Constitucional, ese plazo máximo que tiene el ente acusador no es un término de cumplimiento automático, como quiera que, en atención a la Constitución, no es suficiente con la observancia del plazo para decretar la preclusión, so pena de alentar la impunidad por falta de diligencia de la FGN y vulnerar los derechos de las víctimas a la correcta administración de justicia. Recuerda la Corte que la Fiscalía cuenta con un plazo de 30 días para formular la acusación, luego de la formulación de imputación, según el art. 175 CPP y con otros 30 días, de manera excepcional, acorde con el art. 294 CPP. Por lo tanto, no sería constitucional que por “la negligencia o la incapacidad del órgano de investigación” se procediera de manera automática a la preclusión, que “como se sabe, hace tránsito a cosa juzgada” (Corte Constitucional, C-806, 2008, p. 22 y 23).

#### **4.3.3. Trámite**

El trámite para resolver la solicitud de la preclusión se encuentra descrito en los arts. 333 y 335 CPP, los cuales exigen que el juez de conocimiento la resuelva en el transcurso de una audiencia pública para que el fiscal en el uso de la palabra (y de ser

el caso los otros sujetos habilitados) exponga su solicitud con indicación de los EMP y EF que fundamentan la causal incoada. Las víctimas pueden intervenir en el trámite de la solicitud allegando o solicitando EMP y EF que “muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión” (Corte Constitucional, C-209, 2007, p. 109).

En el evento en que el juez rechace la solicitud de preclusión, una vez cobre ejecutoria la decisión, se restituye el término que duró el trámite de la preclusión. En todo caso, el funcionario judicial que conozca de la solicitud quedará impedido para conocer del juicio, situación que no ocurre con el fiscal como quiera que la actividad investigativa y acusadora debe estar guiada por los principios de lealtad, objetividad y corrección, pues, lo que se espera de este funcionario es que “una vez su solicitud de preclusión ha sido rechazada por el juez de conocimiento, reconduzca su actividad institucional de investigador y acusador, incorporando los insumos probatorios y jurídicos resultantes de la discusión surtida en la audiencia de preclusión” (Corte Constitucional, C-881, 11, párr. 6.5.8).

En cualquier caso, la decisión que resuelve la petición de preclusión tiene la naturaleza de un **auto interlocutorio**, como quiera que resuelve un aspecto sustancial de la actuación y le proceden los recursos ordinarios de ley, en concreto, el recurso de apelación con efecto suspensivo (art. 177 CPP) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP3939-44960, 2016, p. 12). Solamente le procede acción de revisión para rebatir los efectos de la *res iudicata*, según los términos del art. 192 CPP (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5738-47683, 2016, p. 9), por las causales contempladas en el art. 192 CPP.

#### **4.3.4. Causales concurrentes entre el archivo y la preclusión.**

Como se logró explicar en los renglones que preceden, tanto el archivo penal como la preclusión resultan de dos causales concurrentes: Inexistencia del hecho, atipicidad objetiva de la conducta, así como el desistimiento de la querrela (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal). Sin embargo, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre el alcance de su procedencia.

### a) En cuanto al grado de conocimiento

Si en la indagación preliminar existen *dudas razonables* frente a la ocurrencia de la categoría de la *tipicidad objetiva*, procede el archivo de las diligencias. Para diferenciar el grado de conocimiento que debe precisar el archivo de las diligencias respecto de la preclusión, la corporación ha precisado expresamente lo siguiente:

Ahora, sin desconocer que el archivo de las diligencias (art. 79 C.P.P./2004) y la preclusión ampliamente aludida, son institutos autónomos en cuanto tienen causales, trámites y efectos propios, tampoco puede predicarse entre ellos una relación de contradicción porque comparten la naturaleza de ser mecanismos que paralizan –definitiva o temporalmente- el ejercicio de la persecución penal. Es más, desde el punto de vista sustancial la diferencia es de grados de conocimiento sobre la causal y de efectos, así la atipicidad objetiva del hecho investigado puede dar lugar (i) al archivo si subsisten dudas razonables sobre la concurrencia de esa categoría dogmática, situación que deja abierta la posibilidad de reanudar la investigación; o (ii) a la preclusión si existe conocimiento cierto sobre la ausencia de la tipicidad, por lo que producirá el efecto de cosa juzgada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión AP4582 – 46533 de 2015, p. 11).

Pese a que, tanto la preclusión de la investigación (en la etapa de indagación preliminar), como el archivo de las diligencias proceden por la causal de ***inexistencia del hecho***, ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido suficientemente claras sobre la diferenciación respecto al grado de conocimiento a que se refieren las dos figuras. Sin embargo, aunque la Sala Plena de la CSJ ha ofrecido diferentes ejemplos para explicar la inexistencia, la misma corporación acepta que la inexistencia del hecho procede cuando se tiene certeza de que el hecho no alcanzó su realidad fenomenológica. En efecto, de acuerdo con la CSJ, la causal referente a la inexistencia del hecho, como se vio anteriormente, procede cuando de los EMP o EF se determina, con certeza, que el suceso material no ocurrió, de lo que se colige que “al no haber sido debatido el parámetro según el cual, *la estructuración de la inexistencia del hecho investigado requiere ser demostrado en grado de certeza*, el mismo permanece inalterado [teniendo

en cuenta que] la preclusión *hace tránsito a cosa juzgada*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, AP6930-45851, 2016, p. 15 y 18).

#### **b) En cuanto al desistimiento de la querella**

No es clara la diferenciación de procedencia entre las figuras de la preclusión y del archivo por razón de desistimiento de la querella, como quiera que el factor de temporalidad se eliminó en torno a la posibilidad que traía la legislación procesal de habilitar la preclusión una vez se agote la formulación de imputación de cargos (art. 327 CPP). Como quiera que es factible la preclusión de la investigación (incluida la indagación preliminar), es posible entender que esta causal es concurrente en ambas figuras procesales y se diferencia, únicamente, en los efectos frente a la paralización permanente de los efectos de la cosa juzgada material de la preclusión y paralización provisional de la actuación penal, frente a los efectos de la cosa juzgada formal del archivo penal.

#### **c) En ciertos casos de atipicidad objetiva**

Aunque se ha admitido una aparente concurrencia en la procedencia de la causal de archivo de las diligencias y de la preclusión de la indagación preliminar, es posible hacer las siguientes precisiones sobre ciertas modalidades de atipicidad objetiva:

- En caso de que, en la indagación preliminar, se demuestre la ausencia del *ingrediente subjetivo* del tipo penal, la suerte de la actuación penal deberá ser tomada por un juez de conocimiento en sede de preclusión. En sede de tutela, en un caso de injuria y calumnia, la CSJ ha explicado que no es posible desatender “el precedente fijado por la decisión de Sala Plena del 5 de julio de 2017 y que [...] ha sido la línea pacífica de la Sala de Casación Penal” según el cual, el fiscal no puede ordenar el archivo cuando la disputa se relacione con aspectos subjetivos de la tipicidad, sino que debe acudir al juez de conocimiento (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP8072 – 98691, 2018, p. 43 y 44).
- Si la investigación preliminar demuestra que la conducta no encuadra en algún tipo penal objetivo porque falta el *ingrediente normativo* que exige la ley, le está

vedado al funcionario fiscal ordenar el archivo de las diligencias, como quiera que exige un juicio valorativo para su adecuada interpretación, como se puede concluir de las diferentes decisiones que analizan el tipo penal del prevaricato por acción o por omisión que contienen la expresión “manifiestamente contraria a la ley”, cuyo alcance se ha examinado por el al alto contenido valorativo en sede de preclusión (Corte Suprema de Justicia, Sala especial de primera instancia, AEP00038 – 51970, 2018, p. 20 y 21).

- En los casos de *atipicidad absoluta*, es decir, cuando la conducta no se encaje en ningún tipo penal objetivo, debe solicitarse la preclusión con efectos extintivos de la acción penal. Al respecto, la CSJ establece que la atipicidad absoluta implica que el acto humano no se circunscriba en tipo penal alguno para proceder a la preclusión, mientras que la atipicidad relativa se refiere a que, aunque los hechos materia de investigación no corresponden a una conducta punible específica, sí pueden ubicarse dentro de otra. En caso de presentarse atipicidad relativa, no podría pretenderse la preclusión, sino que se debería seguir la investigación respecto del tipo penal que sí se aplicare (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, AP 1332-49492, 2017, p. 11 y 12).

#### **4.3.5. Figura del acusador privado (Ley 1826 de 2017)**

La figura del acusador privado, actualmente, se encuentra regulada en el art. 1 del Acto legislativo 06 de 2011, en la Ley 1826 de 2017 (Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado) y en la Resolución 2417 de 2017 (Por medio de la cual se establece el procedimiento interno para garantizar un control de la conversión y reversión de la acción penal) proferida por el Fiscal General de la Nación dentro de sus facultades reglamentarias. La figura de acusador privado corresponde a la persona o la víctima que, de acuerdo con el CPP, está establecida como el “titular y legítimo querellante de ejercer la acción penal a través de una disposición de la fiscalía que le convierte la acción, se la entrega para que se ejercite la acción de manera privada” (Buitrago, 2017) a través de un abogado. Su actuación se desarrolla en el marco del procedimiento penal abreviado, que según (Buitrago, 2017), cuenta con las siguientes características:

- Es un particular que ejerce la función pública con carácter transitorio, pero tiene interés privado en la acción penal y se somete bajo un régimen de responsabilidades penales y disciplinarias, incluso, por no poner en conocimiento del ente acusador las causales de reversión (art. 554 CPP).
- El Poder Legislativo optó por habilitar al acusador privado para ejercer la acción penal, salvo que se trate de concurso de conductas punibles que deban ser investigadas y juzgadas bajo el procedimiento procesal ordinario (art. 534 CPP) y en los casos de conductas punibles que atenten contra bienes (art. 550 CPP).
- Sólo le es posible, al acusador privado, actuar en el procedimiento penal abreviado en los eventos en que el fiscal del caso ordene la conversión de la acción penal con la posibilidad de ser eventualmente reasumida a través de la orden de reversión proferida por el ente acusador. A diferencia de la legislación foránea, la posibilidad que trae la ley 1826 de 2017 de convertir de la acción con derecho de reversión sólo se contempla en el ordenamiento procesal colombiano, donde tiene implicaciones tales como la afectación de “la disposición de la acción, autonomía del privado, incertidumbre respecto de las renunciaciones etc., que deben ser consideradas en serio”; además, conlleva inseguridad jurídica.
- La ley le otorga a la FGN la facultad, de oficio o por solicitud de parte, de que la acción vuelva a ser pública y se desplace al acusador privado, puesto que el ente acusador “ejerce de manera preferente la acción penal” (art. 560 CPP); sin embargo, el ente acusador mantiene la titularidad de la misma.
- Existe una simbiosis en la actuación tanto del ente fiscal como del acusador privado, como quiera que el último debe acudir al primero para que le apoye en las labores de investigación frente a los actos complejos como es el caso de la interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (art. 556 CPP).

Pues bien, según el párrafo 4 del art. 13 de la Ley 1826 de 2017, “el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de la que trata la Ley 906 de 2004”; en consecuencia, una vez se solicite la conversión de la acción pública en privada hasta antes del traslado del escrito de acusación (art. 536 y 552 CPP) el acusador privado adquiere las mismas facultades y obligaciones de la FGN (art. 556 CPP). Sin embargo, ¿es posible afirmar que se encuentra habilitado para ordenar el archivo de las diligencias (art. 79 CPP) o para solicitar la preclusión de la actuación penal (art. 332 CPP)? Se hace necesario contemplar algunas particularidades.

De conformidad con el Manual de Procedimiento Penal Abreviado y Acusador Privado de la FGN, como quiera que la Ley 1826 de 2017 no modificara la figura del archivo, el acusador privado no está facultado para archivar las diligencias siendo de competencia exclusiva del ente acusador, como se reproduce a continuación:

49. Ante una indagación en que la Fiscalía considere que procede el archivo por atipicidad de la conducta y la víctima no comparte dicha decisión, ¿se debe entregar la carpeta al acusador privado dejando la constancia? ¿El juez de control de garantías es la figura competente para dirimir este punto? R: Ninguna de las anteriores. El artículo 79 del Código de Procedimiento Penal no fue modificado por la Ley 1826, de tal forma que cuando sea el caso, el fiscal debe archivar las diligencias porque las circunstancias fácticas no permiten la caracterización de un comportamiento como delito. Ahora bien, según la Sentencia C-1154 de 2005, si la víctima allega nuevos elementos de prueba y el fiscal persiste en su posición de mantener el archivo, la víctima, sin necesidad de convertirse en acusador privado, puede acudir ante el Juez de Control de Garantías para solicitar el desarchivo de la investigación. (Fiscalía General de la Nación, 2017, p. 70)

Es de anotar que, en el caso que el fiscal se percate de que la conducta investigada sea objetivamente atípica o inexistente, el fiscal negará la solicitud de la conversión de la acción penal y, en consecuencia, procederá a ordenar el archivo de las diligencias (arts. 66, 445 lit. “j” y 536 CPP). En el evento en que se autorice la conversión de la acción penal y avance la indagación sin que se haya efectuado el traslado del

escrito de acusación, es la FGN quien debe ordenar el archivo de las diligencias, pero, para proferirlo, deberá emitir, previamente, orden de reversión para desplazar al acusador privado en el ejercicio de la acción penal. Como se puede observar, según el art. 560 CPP, el fiscal ordenará –motivadamente– la reversión de la acción penal cuando sobrevengan algunas de las circunstancias de procedibilidad previstas para ordenar la conversión. Reza expresamente el artículo señalado:

**Artículo 560. Reversión.** En cualquier momento de la actuación, de oficio o por solicitud de parte, el fiscal que autorizó la conversión podrá ordenar que la acción privada vuelva a ser pública y desplazar en el ejercicio de la acción penal al acusador privado cuando sobrevenga alguna de las circunstancias descritas en el artículo 554. En este evento, el fiscal retomará la actuación en la etapa procesal en que se encuentre.

Además de las causales previstas en el artículo 554, el Fiscal ordenará la reversión de la acción penal cuando se verifique la ocurrencia del supuesto de hecho contemplado por el párrafo 2o del artículo 557 o una ausencia permanente del abogado de confianza del acusador privado.

Pues bien, ¿qué sucede si el ente acusador ordena la conversión de la acción pública a privada antes del traslado del escrito o, con posterioridad, se reúnen las condiciones para solicitar la preclusión por alguna de las causales consagradas en el art. 332? Según el mismo manual publicado por la FGN, el acusador privado sí está facultado para hacer la solicitud de preclusión ante el juez competente e informar dicha decisión al fiscal del caso, bajo la lógica que, una vez se agote el procedimiento de conversión, el acusador deberá tener las mismas facultades y obligaciones del acusador estatal (Fiscalía General de la Nación, p. 72). Se hace necesario reflexionar sobre las siguientes cuestiones, que apuntan a la necesidad de correr la misma suerte de la orden de archivo, y es que ni constitucional ni legalmente el acusador privado está habilitado para solicitar la preclusión con base en las siguientes consideraciones:

- Al tenor literal del Acto legislativo 06 de 2011, el poder legislativo podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la



FGN, situación que no se extendió en los eventos de preclusión o en cualquier otro de los eventos de paralización de la actuación penal cuando no reúne las características de la conducta punible (art. 66 CPP). En el mismo sentido, el numeral 5 del art. 250 constitucional establece que, en ejercicio de sus funciones, la FGN deberá solicitar, ante el juez de conocimiento, la preclusión de las investigaciones cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiere mérito para acusar.

- De igual manera, como quiera que el art. 662 CPP, modificado por la Ley 1826 de 2017, extiende a la defensa la posibilidad de solicitar la preclusión por atipicidad absoluta, además de las causales contempladas enlistadas en el párrafo del art. 332 y al no habilitar la posibilidad de paralizar la actuación procesal a través de la figura de la preclusión, el fiscal tendrá legitimidad para iniciar el proceso de reversión de la acción penal y de hacer la solicitud respectiva ante el juez de conocimiento. Las disposiciones mencionadas señaladamente contienen lo siguiente:

**ARTÍCULO 40.** La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 562, así:

**Artículo 562. *Preclusión por atipicidad absoluta.*** Además de lo previsto por el párrafo del artículo 332 de este código, la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión cuando al acusado se le atribuya una conducta que no esté tipificada en la ley penal.”

“**ARTÍCULO 332. CAUSALES.** El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

[...]

**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.” (Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-920-07 de 7 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño).

#### 4.4. Absolución perentoria (Ley 906)

El art. 442 CPP explica que, terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o defensor podrán solicitar al juez de conocimiento la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y se resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes. Para la CSJ, la pretensión de interrumpir el juicio oral por esta forma especial de absolución sólo es admisible en los casos de atipicidad objetiva, es decir, cuando faltan uno o varios elementos del tipo penal objetivo que no requieren de valoración. En el mismo sentido, el alto Tribunal entiende por la expresión “ostensiblemente atípicos” lo que a continuación se duplica:

A voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción «*ostensiblemente*» representa un adverbio «De un modo ostensible», y ésta por su parte proviene del latín *ostendére, mostrar, y se traduce en un adjetivo que puede manifestarse o mostrarse. Ha de entenderse como, claro, manifiesto, patente*”. [...]

3. Con el propósito de desentrañar el espíritu del legislador cuando concibió el novísimo instituto, se tiene de los antecedentes legislativos:

«5. *Alegatos de los sujetos procesales.* Agotada la práctica de pruebas, si de ella surge que los hechos son manifiestamente atípicos, el defensor podrá solicitar la absolución perentoria y el juez la resolverá de inmediato».

La modificación que tuvo la ponencia con el precepto finalmente aprobado apunta a dos temas: i) la inclusión del fiscal para efectos de su invocación y, ii) el reemplazo de la palabra «*manifiestamente*» por «*ostensiblemente*», lo que a juicio de la Sala anuncia la intención clara del legislador para que este instituto no pudiera ser invocado frente a cualquier fenómeno de atipicidad, sino frente a circunstancias tales que ameriten la interrupción de una importante fase procesal ante la abierta atipicidad de la conducta investigada. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 34.848, 2011)

La expresión “*el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes*” contenida en el art. 442 CPP fue declarada exequible por la Corte Constitucional, la cual explicó que no se vulneran los derechos y garantías comprendidas

en los arts. 29 y 229 de la Constitución Política, así como en los arts. 14 y 8.1 del PIDH y de la CADH, respectivamente, en la medida que, según la Corte Constitucional expresamente dispone:

[...] (i) por regla general, la determinación de los sujetos procesales y de los momentos en que ellos pueden intervenir en los procesos judiciales hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador; (ii) por expresa disposición constitucional el legislador está obligado a respetar y preservar la naturaleza adversarial del proceso penal de conformidad con el artículo 250 del Estatuto Superior, carácter que se ha garantizado, entre otras medidas, permitiendo la participación de las víctimas a través del fiscal en la etapa del juicio; y (iii) posteriormente la víctima cuenta con la posibilidad de controvertir la decisión de absolución perentoria a través de un recurso judicial efectivo, como lo es la apelación, en el evento de que no esté de acuerdo con ella. (Corte Constitucional, C-651, 2011, p. 36 y 37)

Finalmente, la CSJ explicó que la decisión que acoge la solicitud de absolución perentoria se debe materializar la sentencia que da por terminado el proceso penal de manera anticipada. Por el contrario, el juez de conocimiento deberá decidir a través de un auto, de manera que es procedente “continuar con el trámite de que trata el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, otorgando el uso de la palabra a las partes para que expongan sus alegatos finales y, a continuación, anunciar el sentido del fallo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 4277-50626, 2017, p. 3).

## **5. El desarchivo de las diligencias (procedimiento)**

La redacción original del artículo 79 del CPP habilitaba a la FGN para disponer del archivo de las diligencias de la indagación preliminar sin control de legalidad por parte del juez de control de garantías cuando no existía motivo o circunstancia que permitiera la caracterización de un delito como tal o indicara su posible existencia, lo cual dejaba una puerta abierta para que procediera la no formalización del proceso penal en los eventos en que no se perfeccionara alguno de los elementos tradicionales de la conducta

punible o en los casos en que no puede iniciarse o proseguirse o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad, al mejor estilo de la resolución inhibitoria establecida en la Ley 600 de 2000 (art. 327), pero con ciertas diferencias. Pues bien, en lo que se refiere al límite temporal del archivo de las diligencias, el artículo 79 CPP (a diferencia de la resolución inhibitoria) estableció que sólo puede ser revocado en aquellos eventos que surgieren elementos materiales probatorios (EMP) o evidencia física (EF) novedosa, siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal; de ser así, procedía la preclusión de la indagación preliminar. Lo anterior constituye la principal diferencia que existía entre ambas figuras procesales, además de la competencia sobre quien radicaba, según disponía el art. 331 en su redacción original.

Posteriormente, tras la declaratoria de exequibilidad del artículo 79 CPP, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1154/05, explica que, además de reconocer las causales de procedencia del archivo de las diligencias en los casos de atipicidad objetiva o en los casos de inexistencia de la conducta, en el evento en que el fiscal decida tomar la decisión de suspender la indagación preliminar a través del archivo, conserve la decisión de archivar la indagación y se mantenga la controversia entre la FGN y la víctima, la solicitud de desarchivo podrá ser elevada ante el juez con función de control de garantías, como el primer llamado para controlar la investigación en términos de garantías y derechos fundamentales. Sobre este asunto, dispone explícitamente el guardián de la Constitución:

Como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas 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. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando 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. (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2015, p. 100 - 101).

Sin embargo, es de anotar que, actualmente, en la jurisprudencia constitucional de la SP CSJ (sala de tutelas), existe una posición consolidada en determinar que, para efectos de pedir el desarchivo de la indagación, el solicitante deberá dirigirse, en primer lugar, al fiscal que ordenó el archivo penal y, en el evento que se mantenga en su decisión, podrá acudir ante el juez con función de control de garantías. Ello es así, pues la orden de archivo no hace tránsito a cosa juzgada; entonces, puede hacer valer su derecho de contradicción, en tanto enmiende las carencias que dieron pie para la negación del desarchivo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de Tutelas No. 2, STP1612 – 162644, 2019, p. 13). En otra decisión, la Corte aclara de manera expresa:

Por lo tanto, si el actor sigue inconforme con lo decidido, debe agotar como primera medida, la solicitud de «*desarchive*» ante el ente fiscal respectivo; y en segundo término, solicitar el control de legalidad formal y material de la orden de archivo ante el Juez con Función de Garantías competente; cuya determinación, en caso de ser adversa a sus intereses, puede ser controvertida mediante los recursos ordinarios. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de Tutelas No. 2, STP805-101856, 2019, p. 54 y 55)

### **5.1. Audiencia de solicitud de desarchivo ante el juez de control de garantías**

De conformidad con lo que hemos señalado anteriormente, es posible que el solicitante acuda ante el juez con función de control de garantías. En este caso, la solicitud de desarchivo deberá surtirse en audiencia pública de carácter preliminar (pública, concentrada, inmediata y contradictoria) e innominada (art. 154.8 del CPP) y debe ser culminada con una decisión de carácter judicial (auto). La solicitud podrá ser impugnada por los sujetos que comparecieron a la audiencia a través de los recursos de

reposición y, en subsidio, de apelación (arts. 161 y 176 CPP). Al respecto, la CSJ dispone concretamente lo siguiente:

El artículo 161 de la Ley 906 de 2004 establece las diferentes clases de providencias judiciales [...].

De igual modo, el precepto 176 *ibídem* prevé los recursos ordinarios [...].

De acuerdo con la normatividad descrita, en desarrollo de la actuación penal se emiten diversas clases de providencias que de acuerdo con su naturaleza y contenido imponen al funcionario judicial que las expide un deber en cuanto a forma y contenido, donde exista la posibilidad de que las partes e intervinientes se opongan a lo decidido, por lo cual tratándose de autos –*que resuelven algún incidente o aspecto sustancial*– proceden los recursos ordinarios, mientras que sobre las órdenes, en tanto se limitan a disponer cualquier otro trámite para dar impulso a la actuación, ninguna posibilidad de impugnación se ofrece.

Confrontando tales preceptos con los hechos y fundamentos de la demanda, resulta evidente que la providencia mediante la cual se decide negar el desarchivo de una indagación, tiene las características de un auto que resuelve un aspecto sustancial del proceso, razón suficiente para señalar que contra esa determinación proceden los recursos ordinarios consagrados en el artículo 176 *ibídem*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de tutelas No. 1, STP17212-89046, 2016, párr. 3.1.)

En el mismo sentido, en el año 2018, la Escuela Judicial Rodrigo Lara publicó una “Guía judicial para audiencias de control de garantías en el área penal”, en la que explicaba que la audiencia de desarchivo se compone de cinco pasos, a saber:

- a) La enunciación del juez del objeto de la audiencia, la verificación de la presencia del solicitante y la citación de las demás partes.
- b) La ilustración de la metodología de la audiencia: el juez advertirá que las intervenciones deberán ser claras y puntuales, el tiempo que se deberán gastar de común acuerdo, que la intervención se limite únicamente a los intereses de

sus respectivos representados y limitará la lectura de documentos a lo estrictamente necesario según el caso.

- c) La intervención del solicitante del desarchivo: deberá el interviniente acreditar que solicitó previamente el desarchivo ante la FGN y que fue negado. Asimismo, deberá enunciar los hechos, los fundamentos de la decisión de la orden de archivo que controvierte y la exposición de las razones por las que considera que no es viable del desarchivo.
- d) Traslado de las partes para efectos de la oposición.
- e) Decisión judicial: el juez revisará si se configuró o no la procedencia del desarchivo, si ordena o no el desarchivo y anunciará la procedencia del recurso de reposición y/o apelación (Escuela Judicial Rodrigo Lara, 2018, p. 44 y 45).

Sin embargo, en los casos que se llevan bajo la Ley 1098 de 2006 (Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia), según el texto mencionado, deberá tener en cuenta las siguientes reglas:

1.- Todas las audiencias son de carácter reservado 2.- La convocatoria del Defensor de Familia es indispensable pero su ausencia no impide la realización de la audiencia 3.- Adicional al defensor público y Fiscalía, deben estar presentes los padres, representantes o tutores; en caso de no ser posible, se debe justificar su ausencia. 4.- Se deben tener en cuenta las garantías del artículo 40 de la Convención de los derechos del niño, advirtiendo que se respetará su intimidad y vida privada, al tiempo que se indicará que las situaciones a las que haga referencia serán reservadas. (Escuela Judicial Rodrigo Lara, 2018, p. 45)

## **5.2. Facultades del juez de control de garantías**

El hecho de que el solicitante acuda ante el juez con función de garantías no significa que éste se convierta en un juez de instrucción, no dirija la investigación penal ni, mucho menos, pueda ordenar actividades de investigación sobre el delito que llega a su conocimiento y/o respecto de sus circunstancias. Para la actual jurisprudencia, tanto de la CSJ, como de la Corte Constitucional, le está vetado al juez con función de control

de garantías inspeccionar la legalidad de la decisión de archivo proferida por el ente acusador al momento de resolver la solicitud de desarchivo. En consecuencia, la simple discrepancia o desacuerdo con el contenido de la decisión no es motivación suficiente para ordenar el desarchivo, como quiera que el delegado fiscal es autónomo en su decisión. Para atacar la legalidad de la decisión, en decisión de tutela, la práctica judicial ha reconocido que, al juez de control de garantías, le está vetado revisar la legalidad de la decisión y que sólo es posible atacarla a través de decisión de tutela ante “la negativa del ente acusador en reconsiderar la determinación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP8072 – 98691, 2018, p. 12).

De cualquier manera, la actuación de la investidura de garantías debe ser imparcial e independiente, pues ha de demostrar “sólidos conocimientos en Derecho Constitucional y vasto dominio teórico-práctico del sistema acusatorio” (Fernández León, 2016, párr. 3).

### **5.3. Figura afín al desarchivo de las diligencias: La revocatoria de la resolución inhibitoria (Ley 600)**

El art. 328 de la Ley 600 de 2000 señala que la resolución inhibitoria podrá ser revocada de oficio o en los eventos en que el denunciante o querellante dentro de una actuación penal persista “en su pretensión de que se continúe con el ejercicio de la acción penal, aun cuando la anterior decisión se halle ejecutoriada, puede solicitar su revocatoria y, en consecuencia la reapertura de la instrucción” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, STP14864-101412, 2018) como quiera que la decisión cobra ejecutoria de carácter formal. El precepto normativo señalado describe expresamente lo siguiente:

**Artículo 328. Revocatoria de la resolución inhibitoria.** La resolución inhibitoria podrá ser revocada de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriada, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.

El funcionario judicial determinará en la misma providencia si decide reanudar la investigación previa o profiere resolución de apertura de instrucción. Si continúa



en investigación previa, esta tendrá una duración máxima de dos (2) meses, vencidos los cuales procederá a proferir resolución inhibitoria o resolución de apertura de instrucción.

El artículo mencionado fue objeto de demanda por inconstitucionalidad, dado que, en sentir del demandante, no se incluyó a la víctima como sujeto legitimado para solicitar la revocatoria de la resolución inhibitoria. Al respecto, la Corte Constitucional declaró “estarse a lo resuelto en la sentencia C-520 de 1997, en relación con el inciso segundo del artículo 328 del Código de Procedimiento Penal”. De conformidad con la aclaración de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, se recogen los principales argumentos de la posición mayoritaria que a continuación se reproducen:

[...] el magistrado encargado de esta ponencia admitió la presente demanda, a pesar de existir un pronunciamiento anterior por parte de esta corporación, sobre la norma, en sus dos incisos, en la sentencia c-520 de 1997. El examen de constitucionalidad se refirió a quiénes son las personas que legalmente pueden pedir la revocatoria de la resolución inhibitoria. Allí se dijo que la norma no se puede interpretar en el sentido de que sólo se otorgue al denunciante o querellante la posibilidad de solicitar tal revocatoria y, en consecuencia, insistir en la apertura de la instrucción, excluyendo a la víctima del hecho punible. La corte estimó que la norma demandada es constitucional, siempre que se entienda que, en ningún caso, la misma deja por fuera a la víctima del delito. Es decir, que, si la revocación de la resolución inhibitoria la puede pedir la persona que denuncia el hecho punible sin ser la víctima, con igual, o hasta con mayor razón, ésta última puede también hacerlo. Por ello, la parte resolutive de esta sentencia decidió los alcances de la constitucionalidad de la norma, así:

*Declarar **exequible** el artículo 328 del decreto 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal", bajo el entendido de que la revocación de la resolución inhibitoria la puede igualmente solicitar la víctima del hecho punible. (Corte Constitucional, C-334, 1999, aclaración de voto, p. 10)*

### **5.3.1. Características**

Finalmente, las siguientes son las características de la revocatoria del auto inhibitorio:

**a) Carga probatoria del solicitante**

De conformidad con el art. 328 de la Ley 600, se impone al interesado una carga probatoria necesaria para que el fiscal del caso evalúe la viabilidad de revocar la decisión inhibitoria. El interesado debe, como mínimo, entregar al ente acusador los documentos o información completa que constituyen las nuevas pruebas que ameriten la reapertura de la investigación; “no de otra manera puede obtener la revocatoria que deprecia, si ella misma no coopera con la autoridad judicial y atiende el requerimiento que le ha hecho para poder atender su pedimento” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP55218-103967, 2019, p. 14).

**b) Exigencia para el fiscal de estudiar en estricto sentido la solicitud**

Para la CSJ, la exigencia que trae el art. 328 CPP se hace con el fin de “evitar mantener *subjudice* a una persona por cualquier motivo y perpetuar una indagación en desmedro de sus derechos fundamentales”. En consecuencia, el fiscal del caso “debe ser estricto en el examen de la solicitud de revocatoria del auto inhibitorio, para corroborar que existen fundamentos que impliquen reabrir la investigación previa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7967-35661, 2017, p. 3).

**c) Procedencia de recursos ante el ente acusador**

En caso de ser desfavorable la decisión de solicitud de revocatoria, puede ser objeto de los recursos de ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP 704-89927, 2017, p. 15).

**d) Plazo máximo para solicitar la revocatoria**

En la misma situación del archivo de las diligencias, la revocatoria de la resolución inhibitoria procede mientras no se haya extinguido la acción penal (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de tutelas, T-65146, 2013, p. 9). En igual sentido,

el máximo tribunal ha explicado que el archivo de las diligencias “no es una decisión que extinga la acción penal, sino que sirve para darle impulso a ésta.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, T-61978, 2012, p. 13)

**e) Competencia para decidir la revocatoria del auto inhibitorio**

Para Bernal Cuellar y Montealegre Lynette, sólo es competente, para decidir la revocatoria del auto inhibitorio, quien haya proferido la decisión inicial, siempre que se cumplan los factores de competencia del funcionario fiscal, como quiera que el auto inhibitorio sólo puede ser revocado por el funcionario fiscal que lo profirió. En consecuencia, “simplemente por el hecho de haber realizado la indagación previa, sería usurpar la competencia de la autoridad que tiene atribuida la investigación del hecho punible, puesto que no podría revocar la resolución inhibitoria ni ordenar la apertura de la investigación” (Bernal y Montealegre, 2002, p. 70).

## **Capítulo segundo**

### **Barreras de acceso a la administración de justicia en el procedimiento de desarchivo para las posibles víctimas**

#### **1. Derecho al acceso a la administración de justicia de las posibles víctimas**

En las próximas líneas se explica en qué consiste a nivel jurisprudencial, no solo de la Corte Constitucional sino también de la Corte IDH, el sentido y el alcance del derecho al acceso real y a la administración de justicia de las posibles víctimas.

##### **1.2. Concepto y fundamento**

Pese a los problemas de indeterminación que se pueden presentar en el concepto del derecho fundamental de acceso a la administración justicia, se destaca la definición que ofrece Ventura (2005) entendida como “la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, [...] podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución” (p. 3). Su fundamento se encuentra en los arts. 29 y 229 de la Const. así como en los arts. 8.1 y 25 de la CADH. Frente estas disposiciones, la Corte IDH ha expresado literalmente lo siguiente:

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención. [...] El artículo 25 de la Convención también consagra el

derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. (Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 50 y 51.)

Para la Corte Constitucional el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia hace parte del núcleo esencial del debido proceso “por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso” (Corte Constitucional, Sentencia T-268,1996, párr. 4.3) y que cuenta con dos dimensiones, una de tipo formal y otra de tipo material:

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado la estrecha relación existente entre el principio constitucional de celeridad y el derecho fundamental al acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) con base en el concepto material -no formal- de acceso a la justicia que implantó la Constitución de 1991. Estos calificativos han sido usados para señalar que un acceso a la justicia formal consistiría, simplemente, en *“la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial -de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite-”*, mientras que en un sentido material el acceso a la justicia significa, entre otras cosas, el derecho a que el conflicto planteado a la administración de justicia sea resuelto de manera pronta. (Corte Constitucional, Sentencia, C-543 de 2011, párr. 23)

## 1.2. Naturaleza jurídica

El derecho al acceso a la administración de justicia tiene naturaleza jurídica de *ius cogens*, es decir su protección es de alta relevancia para la comunidad internacional que desarrolla la posibilidad de crear obligaciones de carácter *erga omnes* teniendo por objetivo unívoco la salvaguarda de la dignidad humana (Acosta, 2007, p. 98 y 102).

Sólo es posible considerar la efectividad si el Estado cumple con el deber de respetar y garantizar sus derechos, así como el deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno y de adoptar políticas internas para su cumplimiento (arts. 1.1 y 2º CADH). El derecho debe asegurado por todos los operadores de justicia, esto es, jueces, fiscales, defensores públicos y por los particulares que cumplen funciones judiciales según los términos del art. 116 y 228 CN (Corte Constitucional, Sentencia, C-159, 2016, párr.4), situación que, permite materializar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las posibles víctimas de los delitos como intervinientes especiales en el marco del sistema penal acusatorio diseñado por el constituyente (Acto legislativo 03 de 2002) y por el legislador (Ley 906 de 2004), bajo la lógica y finalidad propia de cada etapa del proceso que lo conforma (Corte Constitucional, Sentencia, C-233, 2016, párr. 25).

Así las cosas, el derecho fundamental al acceso de la administración de justicia presenta las siguientes manifestaciones:

- El derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la activación determinación o garantía de un derecho y de contar con los mecanismos judiciales o extrajudiciales idóneos y suficientes para tal efecto.
- El derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de controversias y la sanción de los delitos.
- El derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales.
- El derecho a un tribunal independiente e imparcial.
- El derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable y que sea acorde al derecho. Así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella. (Acosta, 2007, pp. 116 y 117).

### **1.3. Manifestaciones del derecho fundamental**

A continuación, se dan a conocer las manifestaciones o garantías del derecho al acceso real y a la administración de justicia de las posibles víctimas. También, se resalta la importancia de su rol protagónico de participación y su condición como sujeto especial de protección, particularmente, en la etapa preliminar del proceso penal. En este sentido, se muestra cómo las siguientes manifestaciones permiten garantizar el deber del Estado de no impunidad así como la solución efectiva de las controversias que conoce el competente para investigar la posible comisión de los delitos.

#### **1.3.1. El derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la determinación o garantía de un derecho y de contar con los mecanismos judiciales o extrajudiciales idóneos y suficientes para tal efecto**

En cumplimiento de los arts. 1.1 y 8.1. CADH los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las posibles víctimas o familiares de participar en todas las etapas de los respectivos procesos, “de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación”. (Corte IDH, caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala, Sentencia, 30 de noviembre de 2016, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 230). El derecho cuenta con las siguientes características:

- Las posibles víctimas no solo tienen derecho a estar pendientes, sino también pueden aportar pruebas, formular alegaciones y ejercer los medios de impugnación: Asimismo, víctima y representantes pueden recibir informaciones --no sólo “estar pendientes”, pasivamente, de los informes que se les quiera ofrecer, sino requerirlos en ejercicio de una facultad procesal-- sobre aspectos sustantivos y adjetivos acogidos en el procedimiento en el que actúan. Pueden aportar pruebas: se entiende que aportarlas con los fines que sustentan su participación, para los que es obvia la relevancia de cualesquiera evidencias admisibles conducentes a probar hechos y responsabilidades, ante las diversas autoridades que intervienen en el procedimiento

y cuyas decisiones influyen en el desarrollo y conclusión de éste. Se hallan facultados para formular alegaciones, es decir, expresar su posición sobre los hechos y su trascendencia jurídica, que incluye pertinencia del procesamiento y consecuencias jurídicas del delito --en su caso-- cometido. Y pueden echar mano de medios de impugnación en lo que concierne a los derechos que esgrimen valer en el procedimiento. [...] (Corte IDH sobre el caso Valle Jaramillo y otros, Sentencia, 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 52).

- Es posible que el poder legislativo establezca límites al derecho de participación, siempre que, no se haga de manera desproporcionada que termine desconociendo la protección del derecho al acceso a la administración de justicia y en últimas, se sacrifique el valor jurídico de la seguridad de rango constitucional (Corte Constitucional, Sentencia, C-283, 2017, párr. 41 y 42).
- La obligación del Estado de protección del derecho a al acceso la administración de justicia implica el deber de atender las particularidades o características propias de los sujetos de especial protección v. gr., como es el caso de las comunidades indígenas a las que se les debe prestar especial atención a su situación de especial vulnerabilidad, sus valores usos y costumbres, para que los operadores judiciales les deba proporcionar intérprete y apoyo para el ejercicio de sus derechos. (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia, 31 de agosto de 2010, Excepciones Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 184 y 213).
- Es posible que para ciertas situaciones exista reserva de las diligencias adelantadas en la investigación preliminar con el fin de garantizar la eficacia de la justicia, sin embargo, en ningún caso podrán las autoridades estatales invocar tal consideración para impedir a la víctima el acceso real al conocimiento del expediente de la actuación penal. Por el contrario, el Estado tiene el deber de evitar la difusión del contenido del proceso, adoptando medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las posibles víctimas (Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia, 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, párr. 252).
- Finalmente, el derecho de participación de las posibles víctimas se protege tanto en el proceso de investigación como en el trámite judicial y se les reconoce que tienen



amplias oportunidades para participar y ser escuchadas teniendo en cuenta su rol de coadyuvantes de la autoridad competente para investigar delitos de oficio (Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Sentencia De 25 de marzo de 2017, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 153).

### **1.3.2. El derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de controversias y la sanción de los delitos**

Es obligación para los Estados que sus autoridades locales y competentes deban desarrollar una investigación exhaustiva, seria, diligente e imparcial que permita agotar todas las líneas investigativas posibles para identificar a los autores del delito, tratándose de un deber de investigación de medios y no de resultados que no puede depender únicamente de la iniciativa de las víctimas. De ahí que, cobra importancia las primeras etapas de la investigación y el impacto negativo que trae consigo las omisiones e irregularidades en tales periodos que finalmente pueda traer repercusiones reales y efectivas en el esclarecimiento de los hechos. Para que la investigación sea efectiva debe llevar con la debida diligencia agotando todos los medios legales disponibles que permitan determinar la verdad de los hechos (Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Sentencia De 25 de marzo de 2017, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 135 y 136). El contenido de este derecho cuenta con el siguiente alcance:

- En relación con el derecho a la verdad de las posibles víctimas, el Tribunal interamericano ha determinado que se trata de un derecho con una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar diferentes derechos consagrados en la CADH que por ejemplo, en los casos de desaparición forzada uno de los componentes del derecho a la verdad es saber cuál es el paradero de sus familiares, pues, la incertidumbre de ellos al no saber sobre la suerte de sus seres queridos genera en ellos sufrimiento psíquico y moral innecesario (Corte IDH, Caso Vereda la Esperanza vs Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 221).
- Exige para el Estado el cumplimiento de su deber de investigar y sancionar a los autores y partícipes y la obligación de idoneidad e inmediatez de las investigaciones,

así como la de realizar juicios en términos razonables o sin dilaciones injustificadas, entre otros (Corte Constitucional, Auto 009, 2015, p. 61). Se trata entonces de la garantía de no impunidad entendida como “la ausencia de pena, la no punibilidad, o ausencia de castigo, los cuales son una clara oposición a los conceptos ampliamente conocidos de impunidad, imputabilidad e inmunidad” (Ventura, 2005, p. 12).

- Impone el deber para las diferentes autoridades estatales de colaborar entre sí en los procesos de recolección de las fuentes de prueba para evitar obstrucciones en las investigaciones penales eliminando las posibles barreras que impidan una investigación de carácter eficiente. La obligación de investigación no puede ejecutarse de cualquier manera ni bajo la discrecionalidad absoluta de los operadores judiciales, debe ser bajo el estricto cumplimiento de los estándares internacionales e impone para los Estados el deber de remover cualquier tipo de obstáculo de *jure* y de facto que impida la investigación y juzgamiento de los hechos (Corte IDH, caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala, Sentencia, 30 de noviembre de 2016, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 214 y 231).
- No es suficiente que se emita una decisión definitiva que declare derechos y obligaciones o se proporcionen protección a las víctimas, sino que se hace necesario que el ordenamiento jurídico cuente con mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones o sentencias (Corte Constitucional, T-283, 2013, p.29).

Finalmente, en materia de protección al acceso de la administración de justicia, se prohíbe a las autoridades judiciales de los Estados miembro utilizar figuras similares a nuestras disposiciones procesales (archivo de las diligencias y preclusión) tales como el “sobreseimiento”, “archivo de la denuncia”, “archivo del expediente” o “archivo penal” **por incumplimiento el deber de prohibición de impunidad cuando se profieren de manera prematura o ilegal en contravía de la protección de los derechos fundamentales.** Al respecto, la Corte IDH en el caso Acosta vs. Nicaragua da el alcance concretamente a esa expresión:

***c) Prematuro o ilícito sobreseimiento definitivo a favor de presuntos autores intelectuales***

155. Ha sido planteado que dicho sobreseimiento fue prematuro, improcedente en los términos de la normativa aplicable e ilícito, pues procuró la impunidad de posibles autores intelectuales del hecho. Asimismo, se plantea que, con base en una motivación incorrecta o ilícita, el juez declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el representante de la señora Acosta contra esa decisión, lo cual no fue corregido o subsanado por las instancias superiores. [...]

159. Si bien no corresponde a la Corte determinar la aplicación o interpretación de tales normas procesales penales del ordenamiento jurídico entonces vigente en el Estado al caso concreto, lo cierto es que, de la motivación de la sentencia interlocutoria de sobreseimiento definitivo, no se desprende la necesidad de dictar específicamente ese tipo de decisión, ni las razones por las cuales consideraba que no procedía dictar uno provisional. En este sentido, el Estado no ha aportado una explicación acerca de la necesidad o de las razones que justificaban al juez para dictar ese auto a poco más de un mes de ocurridos los hechos, sin que hubiese agotado las diligencias investigativas necesarias y pertinentes y las líneas lógicas de investigación, ni esperado a recibir dictámenes periciales relevantes, además de no haber procurado soluciones para facilitar la participación de la señora Acosta en la instructiva (Corte IDH, Caso Acosta vs. Nicaragua, 2007, párr. 155 y 159).

**1.3.3. El derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales**

El Estado tiene la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para garantizar la protección de los derechos y garantías fundamentales. Cuando los operadores jurídicos resuelven los recursos regulados por el Derecho deben decidir con base en razones incoadas y manifestarse sobre ellas de manera expresa. La efectividad de los recursos supone además de la regulación de los recursos por parte del Derecho Positivo, una respuesta efectiva a las violaciones de los derechos fundamentales. (Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas, Sentencia, 31 de agosto de 2017, párr. 176).

En todo caso, la garantía de un recurso efectivo no basta con su existencia formal, sino que debe ser efectivo, esto es, que deba brindar a los usuarios de la administración de justicia la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido. Por tanto, ante una norma o una actuación que impide o dificulte hacer uso del recurso de forma efectiva, se constituye en una evidente violación al derecho de acceso a la justicia (Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, Sentencia, 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y costas, párr. 51).

#### **1.3.4. El derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable y que sea acorde al derecho. Así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella**

El derecho al acceso de la justicia exige que la actuación se encauce para evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, evitando que se sacrifique la justicia y el debido proceso, todo en plazo razonable, de manera diligente y procurando la celeridad en la tramitación de los procesos (Corte IDH, Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador, Sentencia, 17 de noviembre de 2015, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 132). Según los términos de la Corte IDH, los Estados pueden ser declarados responsables internacionalmente cuando las investigaciones desarrolladas en el marco de la jurisdicción ordinaria y de carácter especial se prolonguen de manera injustificada:

La Corte recuerda que el artículo 8.1 de la Convención requiere que los hechos investigados en un proceso penal sean resueltos en un plazo razonable, toda vez que una demora prolongada puede llegar a constituir, en ciertos casos, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Del mismo modo, la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado cuatro elementos para determinar si se cumplió o no con la garantía judicial de plazo razonable, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. De igual manera, corresponde al Estado justificar con fundamento en dichos criterios, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar el caso. Si bien es cierto que, a efectos de analizar

su plazo razonable, en términos generales la Corte debe considerar la duración global de un proceso hasta que se dicte sentencia definitiva, en ciertas situaciones particulares puede ser pertinente una valoración específica de sus distintas etapas. [...] (Corte IDH, Caso Vereda la Esperanza vs Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 192 a 194).

Los factores mencionados del plazo razonable tienen el siguiente alcance:

- **Complejidad del asunto.** Se debe prestar especial atención a diversos factores tales como la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características de los recursos contenidos en la legislación y el contexto en el que ocurrieron los hechos.
- **Actividad procesal de los interesados.** La actividad procesal no debe traducirse en maniobras dilatorias que entorpezcan el desarrollo de las actividades de investigación y del proceso judicial. Igualmente, las actuaciones de los interesados deben propender por la protección de sus derechos a la obtención de la verdad procesal y sus intervenciones deben ser razonablemente esperables de su parte.
- **La conducta de las autoridades judiciales.** Los operadores judiciales deben de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso en nombre del formalismo excesivo.
- **La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.** Para determinar la razonabilidad del plazo, se debe tener en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, teniendo en cuenta elementos como como son el objeto de la controversia. Se hace necesario que el procedimiento avance con debida diligencia a fin de que se resuelva en un tiempo breve (Corte IDH, Caso Vereda la Esperanza vs Colombia, Sentencia, 31 de agosto de 2017, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 195 a 203).

Finalmente, la Corte IDH ha enfatizado sobre el tema de la complejidad de los asuntos que conoce la administración de justicia para hacer referencia al plazo razonable y es que es “posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes” (Voto recurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso Valle Jaramillo y otros del 27 de noviembre de 2008, párr.2).

### **1.3.5. El derecho a un tribunal independiente e imparcial**

Los Estados tienen la obligación de asegurar una justicia imparcial, oportuna, oficiosa e independiente para la solución de las divergencias penales. La garantía de la independencia judicial busca que el sistema judicial, así como sus integrantes no se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al poder judicial, que trae consigo garantías como un adecuado proceso de nombramiento, inamovilidad de cargo y que se proteja contra presiones externas. Por su parte, la imparcialidad exige que el operador judicial se aproxime a los hechos de la causa careciendo subjetivamente de todo prejuicio y asimismo, ofreciendo garantías suficientes para que objetivamente permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad pueda albergar respecto de la ausencia de imparcialidad (Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Sentencia, 25 de marzo de 2017, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 171 y 172). Este derecho tiene las siguientes características:

- La imparcialidad se garantiza a través del sistema de impedimentos y recusaciones e implica que los operadores judiciales no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguno de las partes e intervinientes y que

no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren de esta manera la confianza a las partes y a la ciudadanía en general. (Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Sentencia, 25 de marzo de 2017, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 171 y 172). Se trata de un régimen excepcional y taxativo que exige a los operadores su interpretación de manera restringida para garantizar el derecho a la administración de justicia:

Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida (Corte Constitucional, Sentencia, C-881, 2011, párr. 5.2).

- De otro lado, el principio de imparcialidad también debe estar presente en la etapa de investigación de las conductas. También implica la ausencia de relación institucional o jerárquica de los cuerpos de policía judicial respecto de los funcionarios involucrados en los hechos objeto de investigación, en consecuencia, “la investigación para ser efectiva debe ser capaz de demostrar si el uso de la fuerza fue o no justificado en razón de las circunstancias.” (Corte IDH, Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, Sentencia, 16 febrero De 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 186, 190 y 319). Igualmente, si por el ente acusador lleva casos relacionados con violaciones de derechos por cuestiones de género, la falta de investigación sin ese enfoque es discriminación en sí misma considerada y en consecuencia se vulnera el derecho a la administración de justicia. Con base en el concepto de la perita del caso Velásquez Paiz vs Guatemala, la Corte IDH toma nota sobre la ineficacia judicial frente a los casos de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita promueve perpetúa los patrones de violencia, generando en las mujeres sensación de inseguridad y desconfianza en la

administración de justicia, impidiendo el derecho a un juicio imparcial y justo aniquilando el derecho al acceso a la justicia en condiciones de igualdad (Corte IDH, Sentencia, 19 de noviembre de 2015, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 176 y 182).

#### **1.4. Obligaciones**

Las manifestaciones del derecho fundamental acceso a la administración de justicia se relacionan con una serie de obligaciones adquiridas por los Estados que han ratificado la CADH y que se encuentran consagradas en los arts. 1º y 2º del instrumento internacional que se pueden resumir de la siguiente manera:

- **Obligación de respeto:** Impone al Estado el deber de abstenerse de realizar acciones que entorpezcan el libre y pleno ejercicio de los derechos inherentes a las personas sujetas a su jurisdicción.
- **Obligación de garantía:** Exige al poder público asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos, así como el deber de promover, desarrollar y ejecutar acciones positivas indispensables para hacerlo efectivo. En el mismo sentido, la Convención exige al Estado la obligación de remover todos los obstáculos que impida el ejercicio de los derechos por la presunta actuación de agentes estatales o particulares, que incluye el deber de investigación en debida diligencia y de protección de los derechos de las víctimas.
- **Obligación de adecuación:** Incluye los deberes de adopción, abstención, supresión y modificación de la normatividad que integra el ordenamiento jurídico local y de prácticas que desconozcan las garantías convencionales, así como los deberes de expedir normatividad y de desarrollar prácticas que permitan garantizar los derechos fundamentales.
- **Obligación de no discriminación:** Impone al Estado su deber de abstenerse de interferir “con situaciones que indirecta o directamente generen discriminaciones de jure o de facto” por motivos de origen étnico o de orientación sexual, religiosa, política o de cualquier otra índole. También tiene como compromiso de propender medidas



afirmativas en favor de los grupos históricamente discriminados (González y Sanabria, 2013, p. 46 a 51).

## **2. Identificación de algunas barreras de acceso a la administración de justicia en relación con el procedimiento de desarchivo**

Antes de entrar a hablar de las posibles barreras de acceso a la administración de justicia para las posibles víctimas en relación con el procedimiento de desarchivo, se hace indispensable recordar, en términos generales, cuál es el procedimiento de desarchivo.

### **2.1. El procedimiento de desarchivo**

En lo que se refiere al procedimiento de desarchivo, no existe regulación expresa a nivel legislativo diferente del inciso 2º del artículo 79 CPP sobre la manera como se debe tramitar la solicitud de reanudación de la indagación preliminar:

**Artículo 79. Archivo de las diligencias.** <Artículo **CONDICIONALMENTE** **exequible**> 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.

De conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional (Sentencias C-591/05, C-1154/05, T-520A/09 y C-893/12) y con base en el precepto normativo anunciado, se hace necesario recordar que el procedimiento de desarchivo se compone de las siguientes fases:

#### **a) Procedimiento ante el fiscal del caso**

La reanudación de la indagación preliminar a la que tiene derecho la posible víctima, así como el representante del Ministerio público, consiste en la solicitud que se hace

ante el ente acusador en los eventos en que se allegue EMP o EF nuevos, que permitan contrarrestar la causal de procedencia de la orden de archivo mientras no se haya extinguido la acción penal por alguna de las causales contempladas en el art. 77 CPP. Sin embargo, por la escasez en la regulación legal, no existen parámetros suficientes que permita ofrecer certeza frente a ciertas incidencias o situaciones que sólo pueden ser sorteadas bajo la discrecionalidad del funcionario habilitado para conocer la solicitud de archivo como son las siguientes:

- Existen parámetros que definen la obligación constitucional de comunicar la orden de archivo de las diligencias al representante del Ministerio Público y a la posible víctima. No obstante, la legislación procesal no cuenta con criterios que orienten sobre la necesidad o no de comunicar la decisión a la defensa, por lo menos, en los casos de indiciado conocido que previamente tuvo la oportunidad de participar en la indagación preliminar v. gr., en el curso de una diligencia de interrogatorio acompañado de su defensor.
- Aunque en la práctica judicial se ha logrado generalizar que la solicitud de reanudación de la indagación preliminar se debe hacer por escrito, no se ha establecido cuál es la formalidad para elevar tal petición o cuáles son esos requisitos mínimos que debe contener la solicitud de cara a lograr esa reactivación.
- Tampoco se ha logrado determinar cuál es el plazo legal que tiene el fiscal del caso para resolver la solicitud del desarchivo de las diligencias.
- En todo caso, la práctica judicial ha demostrado que el archivo de las diligencias tiene un efecto más permanente que de una suspensión provisional, como quiera que permite que se reanude en tiempo la actuación hasta que se cumplan los términos de la prescripción, por lo menos. Esta situación trae un riesgo inminente para las posibles víctimas de que las fuentes de prueba recolectadas en la indagación archivada se pierdan o sufran algún tipo de alteración o daño y que simplemente, no cuenten con recursos o con la asesoría suficiente para adquirir un nuevo material probatorio.

#### **b) Procedimiento ante el juez con función de control de garantías**

Es necesario explorar los posibles inconvenientes que se pueden presentar con ocasión al procedimiento de desarchivo ante el juez de control de garantías, que si bien es cierto que no está regulado en el art. 79 CPP, la Corte Constitucional sí lo reconoció mediante la sentencia C-1154/05. Esta posibilidad tiene el fin de garantizar los derechos de las víctimas que pueden ser vulneradas en relación con el archivo penal.

Como se ha manifestado, en principio, la solicitud de desarchivo debe ser elevada ante el fiscal del caso que profirió la orden para suspender la actividad investigativa. Sin embargo, en el evento que el fiscal decida no acceder a la pretensión y se mantenga la controversia entre el ente acusador y la víctima (por extensión, cualquiera de los habilitados), es posible que el solicitante insista en su reclamación ante el juez con función de control de garantías mediante audiencia pública, sin que se deba interpretar como una especie de control automático a la orden de archivo (Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05, p. 100). En el mismo sentido, la CSJ ha determinado que la solicitud de desarchivo debe ser resuelta en sede de audiencia pública de carácter preliminar a través de una orden de carácter judicial (orden) y que podrá ser impugnada por los sujetos que comparecieron a la audiencia a través de los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación. Sin embargo, el procedimiento que se surte ante esta instancia también presenta vacíos en su regulación teniendo en cuenta que su manejo también se deja a la discrecionalidad del director de quien preside la audiencia tales como:

- No se cuenta con precisión acerca de cuáles sujetos o partes que deben ser citadas para asistir a la audiencia de control de garantías.
- Tampoco existen parámetros que permitan al juez de garantías exigir si la defensa material y técnica, de manera conjunta, deben asistir o si puede iniciarse la audiencia preliminar con la sola presencia del solicitante del desarchivo diferente de la víctima, una vez citados todos los posibles interesados.

Aunado a lo anterior, algún sector de la doctrina e incluso algunas organizaciones de derechos humanos, han puesto de presente que la figura del desarchivo de las diligencias presenta algunos **obstáculos o barreras de acceso (situaciones**

**problemáticas) que ha presentado para la garantía del derecho al acceso a la administración de justicia que especialmente encuentra protección convencional en favor de las posibles víctimas en el marco de las indagaciones preliminares que se suspenden tras la decisión del archivo penal que básicamente se refieren a:**

- La falta de parámetros suficientes para definir el sentido y alcance de la causal de desarchivo por EMP o EF nueva.
- La ausencia medios procesales ordinarios expresamente consagrados en la ley 906 de 2004 para reactivar la indagación preliminar por manifiesta arbitrariedad en los casos de órdenes de archivo que (i) no cumplen con el deber de investigación efectiva o cuando (ii) desatienden el precedente constitucional que permite archivar la indagación únicamente en los casos de atipicidad objetiva e inexistencia de los hechos.

La presente investigación tendrá como punto de partida la identificación de **casuística** que desarrolla tales situaciones problemáticas que se presentan durante el procedimiento del desarchivo en la práctica a partir de experiencias profesionales compartidas por diferentes operadores jurídicos y litigantes que incluso algunos han sido objeto de pronunciamiento en sentencia de tutela, así como de la compilación de situaciones como es el caso de informe de DDHH elaborado por la Corporación SISMA MUJER, con el fin de presentar ciertas actuaciones de la FGN tales como órdenes de archivo arbitrarias que traen implicaciones para el ejercicio del derecho al acceso de la administración de justicia especialmente de las posibles víctimas.

### **2.1.1. Falta de definición de la causal de desarchivo por EMP o EF nueva**

Mediante los ejemplos o casos documentados que se presentan en esta investigación se puede entender por qué es importante tener claras las exigencias que debe cumplir la causal de desarchivo por EMP o EF nueva. Dichos ejemplos, demuestran que por la falta de identificación de los parámetros jurídicos por parte del competente para resolver la solicitud de desarchivo se habilita su amplia discrecionalidad en su actuación y, en consecuencia, repercute en la efectividad del derecho al acceso real de justicia de las posibles víctimas que buscan la reanudación de la indagación preliminar.

### **2.1.1.1. Casuística**

- En relación con la barrera de acceso mencionada, es importante referir los siguientes ejemplos: **Caso No. 1: Indagación preliminar por los delitos de hurto (art. 239 CP) y de destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado (art. 293 CP)**

Tras un proceso de divorcio, un señor denuncia a su exesposa porque supuestamente fue obligado a salir de su hogar dejando sus pertenencias como ropa, zapatos, reloj, artículos científicos, dispositivos electrónicos, joyas, pasaporte, cédula de extranjería, entre otros. El exesposo se dirige con una patrulla de la policía del CAI cercano a la vivienda (de propiedad de ambos) con el fin de reclamar los bienes. Ante la negativa de la existencia de las cosas por parte de la mujer, el señor decide denunciar penalmente a la exesposa.

Una vez agotados los actos de investigación, la FGN determinó archivar las diligencias como quiera que no fue posible determinar la existencia de ninguno de los objetos. El apoderado del denunciante solicita el desarchivo con base en un EMP nuevo que consiste en documento “acta libro de población del CAI” (documento que había sido mencionado en una de las entrevistas practicadas a uno de los hermanos del denunciante) que da cuenta del acompañamiento policial con el que contaba el denunciante y que consigna la negación por parte de la mujer de entregar los “bienes y documentos en que dicho libro se relacionan”.

Tanto el fiscal del caso como el juez con función de control de garantías no accedieron a la pretensión del solicitante como quiera que el EMP no demuestra la existencia de los hechos, sin embargo, ninguna de las dos autoridades se encargó de analizar si el EMP allegado a la solicitud revestía o no del carácter de novedoso como exigencia legal (art. 79, inciso 2º) para ordenar el desarchivo de las diligencias (Audiencia de solicitud de desarchivo, 2019).

- **Caso No. 2: Delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y de Interés indebido en la celebración de contratos (arts. 410, 408 y 409 CP)**

Dos altas ex funcionarias estatales se encuentran investigadas por participar en la discusión y aprobación de un documento de lineamiento de política pública dentro de los cuales se mencionó la definición de importantes inversiones para la infraestructura vial del país por no haberse declarado impedidas ante la supuesta existencia de un conflicto de intereses con el que al parecer se habrían beneficiado los intereses comerciales de una sociedad comercial de la que serían socios dos familiares de una de ellas.

En la indagación preliminar se logró establecer que las exservidoras no intervinieron en la tramitación, aprobación o celebración del contrato, su única participación se da en torno al documento mencionado visto este como una actuación administrativa aislada al trámite contractual, que se dio en el ámbito de su ejecución, razón suficiente para ordenar el archivo de las diligencias.

Posteriormente, el ente acusador ordena la reanudación de la indagación preliminar con base en los Sigüientes EMP nuevos: Formulación de pliego de cargos en contra de las exfuncionarias, Informe final de auditoría de una entidad estatal y una nota de prensa (Orden de desarchivo, 2019).

Sin embargo, en la orden de reanudar la indagación no se especificó cuáles eran los EMP concretos que surgieron o que no fueron tenidos en cuenta con posterioridad a la indagación preliminar, pero tampoco se realizó algún tipo de análisis que permitiera explicar cuál es el grado de incidencia de tales documentos para demostrar la tipicidad objetiva de la conducta investigada.

- **Caso No. 3: Delitos de prevaricato por acción (art. 413 CP), prevaricato por omisión (art. 414 CP), abuso de función pública (art. 428 CP), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CP), peculado por apropiación (art. 397 CP)**

La apoderada de una sociedad de recaudo denuncia a un gerente de un sistema de transporte masivo por las presuntas irregularidades consistentes en la expedición de un acto administrativo por medio de la cual se adopta una propuestas de integración del medio de pago que interpreta de manera unilateral los contratos suscritos dentro de diferentes fases del sistema, acto que según la denunciante, “no fue conocida o aprobada por el Comité de Recaudo” agregando que “no se presentó la ingeniería de detalle, ni se

aportó dentro de los cauces establecidos en el contrato”. Esta situación ha generado variación en los plazos establecidos en la licitación, “que han generado nuevas condiciones contractuales que varían sustancialmente el objeto de licitación y concesión” y de esta forma en últimas afectando los principios propios de la administración pública.

En Cumplimiento del programa metodológico, el fiscal ordena una serie de actos de investigación y finalmente ordena el archivo de las diligencias por atipicidad objetiva “por cuanto no se vislumbran motivos o circunstancias que permita caracterizar su proceder propio como de algo de los delitos que hacen parte del bien jurídico de la administración pública y de ningún otro bien jurídicamente tutelado” (Orden de archivo, 2018).

Con posterioridad, la apoderada de la sociedad de recaudos radica solicitud de desarchivo ante el Despacho fiscal argumentando una serie de situaciones fácticas que no tuvo en cuenta el funcionario a la hora de suspender la actividad investigativa y que además aporta una serie de EMP nuevos que refuerza la demostración de la tipicidad objetiva de las conductas denunciadas (solicitud de desarchivo, 2019), situación que atendida tres meses después ratificándose en la decisión del archivo de la diligencias indicando que abogada “se limita a entregar unos elementos que califica de <<nuevos>> pero no cumple con una carga mínima argumentativa que le indiquen al Fiscal porque los supuestos elementos nuevos afectan la decisión de archivo que resulten fundamentales para determinar la tipicidad de las conductas delictivas que ella denuncia” (sic). (Decisión sobre solicitud de desarchivo, 2019). Como se puede observar, se demuestra la imposición de cargas procesales adicionales para quien solicita el desarchivo de las diligencias desconociendo por parte del funcionario fiscal su deber de examinar la solicitud elevada.

### **2.1.2. La ausencia de medios procesales ordinarios expresamente consagrados en la ley 906 de 2004 para reactivar la indagación preliminar por manifiesta arbitrariedad**

Para este apartado también se presentan casos documentados que permiten vislumbrar en qué momentos el ente acusador desborda o extralimita sus facultades constitucionales, legales y jurisprudenciales establecidas en el art. 250 CN. A partir de

los ejemplos, se utiliza la figura del archivo de las diligencias con el fin de mostrar lo que implica el desconocimiento de los deberes propios del principio de obligatoriedad desarrollado en el capítulo anterior, así como la desprotección de los derechos y garantías fundamentales para las posibles víctimas, para lo cual está llamada la FGN.

#### **2.1.1.2.1 Casuística**

La investigación académica encontró los siguientes ejemplos con relación a la barrera de acceso mencionada:

- **Caso No. 1: Delito de acto sexual violento contra mayor de edad (art. 206 CP)**

Una mujer de 25 años se encontraba durmiendo y fue atacada sexualmente por su padrastro mientras dormía. En entrevista, la mujer relató los hechos de ésta manera: “Me desperté porque sentí unos dedos en mi vagina, me voltee y vi que era mi padrastro [...] tenía su mano derecha por parte de atrás de mi cola, y sus dedos en mi vagina, yo me asusté y él saca su mano rápidamente de mi cola, me alcanzó a rasguñar la entrepierna, se sale de mi cuarto”. Con base en ésta declaración, la fiscal archiva la indagación por atipicidad de la conducta considerando que la presunta víctima contaba con la edad y con la capacidad suficiente para disponer de su vida sexual. Acto seguido, la funcionaria expone en su motivación que “no existen elementos materiales probatorios donde primero, se deduzca que la joven haya sido afectada en su bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, por el contrario de ellos se puede inferir la inexistencia de los hechos” (Solicitud de Revocatoria de orden de archivo, 2018).

El caso adolece de racionalidad en la argumentación para archivar, la cual está cargada de una fuerte discriminación por razones de género que, jurídicamente, se agrava por la inadecuada utilización de la causal de atipicidad al ser confundida con la inexistencia de los hechos. Por tanto, no es posible predicar que una conducta no existió y, a su vez, que no se encuadra objetivamente en el tipo penal objetivo (Solicitud de desarchivo, 2018).

- **Caso No. 2: Acceso carnal violento (art. 205 CP)**



Parecido al famoso caso español de la “manada”, una mujer denuncia a un amigo quien la accedió carnalmente mientras se encontraba en alto estado de embriaguez mientras dormía en su dormitorio. La indagación cuenta con la historia clínica de la víctima, que evidencia rastros de fluidos encontrados en su cuerpo y en su prenda íntima, así como un cuadro de dolor a nivel vaginal y anal, como la presencia de fluido seminal, además de entrevistas que relatan los hechos. El caso contaba con declaraciones de algunos cercanos a la presunta víctima y se había logrado establecer que, entre la víctima y el victimario, existió una relación sentimental que había terminado hacía varios años. Sin embargo, transcurrieron más de 15 meses de inactividad investigativa, tras el cual se terminó por decidir el archivo de las diligencias por atipicidad de la conducta, por ausencia del ingrediente normativo “violencia” (Solicitud de desarchivo, 2018).

Es de anotar que, el fiscal sin manifestarse de manera expresa en su motivación, constituyó indebidamente (y de manera inadecuada) una especie de duda que fue resuelta en favor del indiciado, a sabiendas que la orden de archivo no puede decretarse con base en este estándar probatorio propio de una causal de preclusión (art. 332.7 CPP).

- **Caso No. 3: Delitos de injuria y calumnia (arts. 220 y 221 CP)**

En un programa de televisión de farándula nacional, tres periodistas presentaron un programa dedicado a la supuesta relación entre los reinados de belleza y el narcotráfico. Entre los casos relacionados en el programa, sale a la luz el matrimonio entre una exreina y un supuesto ex narcotraficante condenando en España por ese delito. La víctima denuncia el suceso y demuestra que su cónyuge no fue ni siquiera investigado por el delito de narcotráfico, ni por delitos relacionados él mismo. El fiscal del caso archivó la indagación considerando que, respecto de la injuria, no concurrió el elemento subjetivo (*animus injuriandi*) y, en relación con la calumnia. No concurría el elemento objetivo, debido a que las manifestaciones de los periodistas no habían llevado a cabo manifestaciones tendientes a imputar conductas punibles. Ante la negativa del desarchivo, la víctima acude al juez de control de garantías, el cual decreta la “ilegalidad de la decisión de archivo tomada por la delegada de la Fiscalía”, teniendo en cuenta que, ante la ausencia del requisito de subjetivo del tipo penal, se debió solicitar la preclusión

ante el juez de conocimiento. Esta decisión fue revocada en segunda instancia, organismo que advierte que no es competente la juez municipal para ejercer control de legalidad sobre la decisión, de manera que reviven los efectos de la orden de archivo. La víctima interpone acción de tutela contra la decisión del juez de segunda instancia y se revoca la decisión del juez de segunda instancia, únicamente, por el delito de injuria.

En este caso el juez de tutela ratifica la línea jurisprudencial sobre la causal de procedencia del EMP o EF nueva para ordenar el desarchivo. En la sentencia de tutela se le llama la atención a la juez de primera instancia y se le advierte que no le corresponde definir “si converge o no el componente del tipo doloso de injuria”, llega a la misma conclusión de la primera instancia. Con base en una valoración psicológica de medicina legal de la víctima, que reposaba en el expediente investigativo, y en el Auto del 5 de julio de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, la CSJ le indicó al fiscal que sólo puede archivar cuando no concurren los elementos objetivos del tipo, más no por consideraciones frente a los subjetivos; incurre, de esa forma, en el defecto sustantivo o material de procedencia de la acción de tutela (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STP8072-2018).

- **Caso No. 4: Delito de falsedad en documento privado (art. 289 CP)**

Antes de acudir a la justicia penal, los denunciados intentaron la desocupación de un bien inmueble ocupado ilegítimamente en el marco de un proceso policivo (de restitución). En su momento, el indiciado allegó a la autoridad administrativa como prueba en su favor una fotocopia autenticada de un contrato de promesa de compraventa que, supuestamente, suscribió uno de los demandantes en favor del demandado. El documento fue tachado de falsedad dentro del proceso policivo y el caso fue denunciado ante la FGN, a través de oficio en el que se adjuntó el acta de posesión del notario, donde, aparentemente, se autenticó el documento, la constancia de los escritos que datan la fecha de creación de la notaría, que es posterior a la fecha del contrato de promesa de compraventa, y una certificación de parte de esa notaría que da cuenta de que los sellos del oficio no corresponden a los emitidos por su despacho. Sin embargo, la FGN ordenó el archivo de las diligencias, en consideración a que le era imposible demostrar la falsedad del documento allegado al proceso policivo y que era menester

esperar la decisión sobre la tacha de falsedad promovido por los denunciantes. Éstos intentaron el desarchivo del caso y terminaron promoviendo el control de la decisión al juez con función de control de garantías. La juez de rango constitucional ordenó el desarchivo de la indagación preliminar considerando que el ente acusador omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que faltó al deber de investigación consagrado en el art. 250 CN. La defensa desistió de impugnar la decisión proferida (Solicitud de desarchivo, 2018).

- **Caso No. 5: Delito de acto sexual con menor de 14 años (art. 209 CP)**

En un caso de acto sexual con menor de 14 años, el ente acusador alegó la causal de imposibilidad de ubicar el sujeto activo de la conducta punible. Sin embargo, en la indagación, se logró establecer la identificación del padre de la menor de edad (posible autor del delito), tanto del registro civil de nacimiento, así como de algunas fuentes de información que, posiblemente, permitirían ubicar al indiciado como quiera que se encontraba afiliado a la EPS SALUDCOOP.

Pese a que no se logró establecer el arraigo laboral, familiar y/o social, la fiscal, no solo omitió realizar actos investigativos tendientes a la efectiva ubicación del indiciado, v.gr., búsqueda selectiva en bases de datos privadas, sino que, en la orden de archivo, utilizó una causal equivocada. En consecuencia, la situación fáctica que el ente acusador tuvo en cuenta para proferir la orden de archivo no fue debidamente demostrada en la indagación preliminar (Solicitud de desarchivo, 2018).

#### ***2.1.2.2. Situaciones problemáticas identificadas en el Informe SISMA MUJER del 2011***

Mediante el informe SISMA MUJER del 2011 sobre los *“Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia”* se identificaron diferentes situaciones problemáticas, que fueron tenidas en cuenta por el Fiscal General de la Nación para proferir la resolución que implementó los protocolos de investigación de los casos de violencia sexual, las cuales se describen a continuación y que se relacionan con varias de las barreras identificadas en el punto anterior de este capítulo.

**a) Falta de claridad sobre los fundamentos materiales de la decisión**

Para la corporación SISMA MUJER, el ente acusador, en su motivación, ha realizado consideraciones ajenas a determinar la existencia de la conducta o su adecuación típica objetiva. Se identificaron casos donde el ente acusador se circunscribió a estimar si el agente había o no actuado de manera dolosa, considerando situaciones en que se encuadrarían causales de exclusión de responsabilidad siendo de competencia su declaratoria en cabeza del juez de conocimiento -a través de la figura de la preclusión de la investigación-, pero, también, al respecto de la capacidad del presunto agresor para comprender o no la ilicitud de su conducta, de manera que genera un efecto de re-victimización en contra de la mujer. También, se identificaron casos en los que se consideraron ingredientes normativos que no existen en las conductas descritas en el ordenamiento penal y que no hacen parte del proceso de tipificación de los delitos de violencia sexual.

En el informe, se presentaron los siguientes casos:

En el caso de una mujer acosada sexualmente por el representante legal de la empresa en la que trabajaba, la Fiscalía alegó para archivar las diligencias que el agresor no realizó un comportamiento doloso, sino que lo que se presentaba era un trabajador –jefe- en estado de embriaguez y que por tal estado la conducta delictiva no se configuraba. Adicionalmente, exigió que la conducta no fuera aislada sino sistemática, integrando un ingrediente normativo no establecido en el tipo penal de acoso sexual.

En el caso de una joven violada por su excompañero permanente quien continuamente la ha asediado y amenazado de muerte, la Fiscalía consideró que de la versión suministrada por el investigado era posible deducir que no tenía voluntad de cometer un hecho delictivo, es decir – basada en la entrevista al agresor- concluyó archivar las diligencias ante la supuesta ausencia de dolo en el sujeto activo (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 28).

De la misma manera, el informe expone la indebida utilización de la causal *imposibilidad de ubicar o de establecer al sujeto activo de la acción* con el siguiente caso:

En el caso de una mujer lideresa en situación de desplazamiento secuestrada, torturada y violada por grupos paramilitares autodenominados “águilas negras”, la Fiscalía decidió archivar las diligencias basada en la causal de imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo de la acción, en razón a que respecto de uno de los agresores la víctima relató que tenía su rostro cubierto, omitiendo su deber reforzado de investigar graves violaciones a los Derechos Humanos y que esta causal no era extensible a los demás miembros del grupo armado denunciados (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 28).

**b) La ausencia de cumplimiento de los requisitos para el archivo de las diligencias**

En el informe, se explica que, en varios de los casos de violencia sexual, se ha identificado la ausencia de cumplimiento de los requisitos formales que indicó la Corte Constitucional en su Sentencia C-1154/05, como son “motivación y comunicación efectiva al ministerio público y a las víctimas, en detrimento de la posibilidad de expresar su inconformidad y conocer la decisión” (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 29).

**c) La persistencia de patrones discriminatorios y estereotipos por razones de género en los fundamentos de la orden de archivo**

El informe presenta el siguiente caso:

En el caso de una joven violada por su excompañero permanente quien continuamente la ha asediado y amenazado de muerte, la Fiscalía argumentó para archivar las diligencias, la ausencia de violencia en la conducta cometida por la agresor, basada en la supuesta ocurrencia de encuentros sexuales posteriores a los hechos. El argumento usado por la Fiscalía no aportaba ningún elemento de juicio para esclarecer los hechos delictivos investigados y en cambio sí constituyeron una intromisión

irrazonable e inaceptable en la vida íntima de la víctima (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 29).

## 2.2. Factores

Las anteriores barreras impiden la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia especialmente de las víctimas como son:

- **Desconocimiento de derechos y deberes:** No existen mecanismos adecuados para ofrecer orientación jurídica –adecuada- a los usuarios de la administración de justicia en cuanto a la forma como operan las instituciones que se encargan de prestar tal servicio público -que es de carácter esencial- así como tampoco se cuenta con herramientas necesarias para entender el sentido y alcance de las decisiones, procedimientos y trámites. Estas situaciones se encuentran implícitamente relacionadas con la alta complejidad de las normas de procedimiento penal y con la hipertrofia legislativa.
- **Falta de legitimidad en la administración de justicia:** Se refleja en las percepciones que tiene la ciudadanía y en general los usuarios de la administración de justicia por los casos de corrupción, de impunidad inoperancia del servicio y el tratamiento desigual de los destinatarios.
- **Congestión de los despachos judiciales:** Se relaciona con la mora judicial que obedece a diversas causales tales como la cantidad de trámites que generan retardos en la administración de justicia, el bajo perfil de los auxiliares de justicia que los hace en algunos casos ineficientes y en otros corruptibles, la falta de cultura de la conciliación, el abandono al procedimiento por parte del usuario, entre otras, que en últimas repercute en la eficacia y en la eficiencia de la administración de justicia. La crisis en la administración de justicia también se relaciona con la falta de atención al ciudadano, en especial a las víctimas, así como la ausencia de medidas de restauración de sus derechos.
- **Inseguridad jurídica:** Se da por varios factores cuando (i) no existe certeza en las fuentes de Derecho (ii) por la incertidumbre sobre los tiempos de resolución de

los procesos (iii), debido a las fallas en la producción y en la publicidad de la jurisprudencia (iv), multiplicidad de acciones y de recursos de impugnación (v) así como la falta de efectividad de la jurisprudencia de las Altas Cortes (Corporación Excelencia de la Justicia, 2016, p. 20-42 y 92-102).

### **3. Alternativas de solución ante las barreras de acceso**

El hecho de que el procedimiento de desarchivo de las diligencias no encuentre un desarrollo legal, expresamente reconocido en el art. 79 CPP, no es óbice para que el competente supere las barreras de acceso que se pueden presentar para garantizar el derecho fundamental protegido para las posibles víctimas. En las próximas líneas se ofrecen algunas alternativas de solución que posibilitan superar las barreras de acceso ofrecidas por el ordenamiento jurídico —en materia procesal penal— y algunas decisiones emitidas por la Corte IDH que garantiza el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de las víctimas.

#### **3.1. Aplicación analógica de la causal de acción de revisión “prueba nueva” (art. 192.3)**

El proyecto original de la ley estatutaria “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” del año 2003 no se contemplaba como causal del desarchivo de las diligencias “si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal”. Para el año siguiente, “a instancia de la Fiscalía se adicionó el inciso segundo al considerar que es necesario prever la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de surgir nuevos elementos probatorios que así lo indiquen” (Congreso de la República, Gaceta No. 248 de 2004).

Para la SP CSJ, el solicitante del desarchivo debe esgrimir sus argumentos “en orden a demostrar la existencia de la tipicidad objetiva de la acción penal de cara a las conductas denunciadas y el funcionario judicial está en la obligación de resolver dicho pedimento” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP1994, 2019, p. 15). Sin embargo, la jurisprudencia no hace énfasis en establecer si:

- Debe corresponder o no con las características de una fuente de prueba sobreviniente, es decir, si se debe o no producir durante o con posterioridad de la indagación preliminar.
- Debía o no ser conocida por el solicitante con ocasión a los actos de investigación realizados durante la indagación preliminar.
- Debe tratarse de una fuente de prueba distinta (o diferente) del material probatorio aportado a la indagación preliminar, con el fin de descartar aquellas que sean repetitivas.

### **3.1.1. Conceptualización de las expresiones EMP y EF nueva reconocidas legal y jurisprudencialmente para ordenar el desarchivo**

Siguiendo a profesor Reyes, en términos generales es posible entender por la expresión “material probatorio” como el conjunto de medios de conocimiento recolectados por las partes y para el caso concreto, intervinientes como las víctimas o Ministerio Público durante la etapa de investigación (incluida la indagación preliminar) y que por no “no haber sido aún admitidos por el juez de la fase de juzgamiento no deben ser técnicamente calificados como <<pruebas>>”, noción que comprende expresiones tales como EMP, EF, información legalmente obtenida, “información pertinente”, “elementos de conocimiento” y a los “elementos materiales de convicción” que se recolectan en la fase mencionada (2006). Sin embargo, para el caso concreto se hace necesario cuestionar si existe alguna diferencia entre los conceptos de EMP y EF.

El art. 275 CPP contiene un listado no taxativo de EMP y EF en los siguientes términos:

**Artículo 275.** *Elementos materiales probatorios y evidencia física.* Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección



corporal y registro personal; e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

Con ocasión a los arts. 1º y 2º de la ley 1652 de 2013 se incluyó dentro del listado de EMP y EF del art. 275 CPP a la entrevista forense que se practica a los menores de edad en relación con los delitos descritos en el art. 206 A CP y que debe ser grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del art. 146.1 CPP (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP10741, 2017, Radicación No. 41749, pág. 27 y 28).  
Pues bien, **¿existe alguna diferencia entre los conceptos de EMP y EF?**

Para la SP CSJ se trata de dos expresiones diferenciables, aunque complementarias entre sí con base en el Instructivo Directrices para la Aplicación de la Cadena de Custodia expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal del año 2008. Al respecto, fielmente se refiere:

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el Instructivo de Directrices para la Aplicación de la Cadena de Custodia, en cuanto al elemento Material Probatorio (EMP), refiere: “Para efectos de la aplicación de la cadena de custodia en los procedimientos médico legales y forenses, los elementos materiales probatorios son todos aquellos elementos recibidos de la autoridad y/o recuperados durante el examen de una persona, de un cadáver o de otro elemento (por ejemplo prendas, muestras biológicas, sustancias, materiales, documentos,

elementos traza, entre otros), que pueden ser preservados para un potencial estudio o análisis forense”. Y, la evidencia Física (EF) la concibe como: “Cualquier elemento tangible pequeño o grande (incluye los EMP antes mencionados), cuyo análisis produce información que puede confirmar o descartar a una hipótesis sobre un punto en cuestión en un tribunal competente. Por ejemplo, una mancha de sangre recuperada en la escena o del cadáver o de la persona examinada. Se encuentran señalados de manera enunciativa en el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP10741-2017, Radicación No. 41749, pág. 28)

Sin embargo, en el año 2018 la FGN expide Manual del Sistema de Cadena de Custodia mediante el cual advierte que encontrar diferencias entre ambas expresiones resulta “superflua e innecesaria” y que para efectos prácticos no existe ninguna consecuencia realizarlo debido a que “No existe regla jurídica que exija un tratamiento diferenciado de la evidencia cuando se trata de uno u otro caso” (Fiscalía General de la Nación, Manual del sistema de cadena de custodia, 2018, p. 10). Las consideraciones que se recogen esa providencia en dicho manual se hacen con base en decisión de la SP CSJ del año 2008:

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de *elemento material probatorio* y *evidencia física*, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “*elementos materiales probatorios*” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y *evidencia física*”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 29626, acta No. 296, pág. 8 y 9).

Ahora bien, **¿qué condiciones debe contar el EMP y la EF como condición necesaria para reactivar la indagación preliminar?** Para brindar seguridad jurídica a las víctimas y con la finalidad de no permitir que al solicitante del desarchivo se le impongan cargas procesales excesivas o por fuera de la razonabilidad, se hace necesario que el operador jurídico a quien se le solicita el desarchivo de las diligencias deba partir desde el método de interpretación literal o gramatical y termine utilizando el método analógico que permita utilizando subsistemas como la jurisprudencia procesal penal que se asemeja la idea de EMP y EF nuevos a la de las expresión prueba nueva como causal de revisión de sentencias ejecutoriadas según los términos del art. 192.3 CPP. Para la RAE, es posible encontrar el sentido propio o natural de la palabra **nuevo**:

1. adj. Recién hecho o fabricado. 2. adj. Que se percibe o se experimenta por primera vez. 3. adj. Repetido o reiterado para renovarlo. 4. adj. Distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido. 5. adj. Que sobreviene o se añade a algo que había antes. 6. adj. Recién incorporado a un lugar o a un grupo. Es nuevo en el colegio. 7. adj. Principiante en una profesión o en alguna actividad. 8. adj. Dicho de un producto agrícola: De cosecha recentísima, en oposición al almacenado de cosechas anteriores. Patatas nuevas. Trigo nuevo. Maíz nuevo. 9. adj. Dicho de una cosa: Que está poco o nada deteriorada por el uso, por oposición a viejo. 10. adj. joven (ll de poca edad). Perdices nuevas. Conejos nuevos (Real Academia Española, 2018).

Por su parte, la SP CSJ entiende por prueba nueva como aquel “medio probatorio que por cualquier causa no se presentó y debatió en el juicio oral” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, AP4274-2018, Radicación No. 53619) y que el solicitante no tuvo la oportunidad de conocerla o que no fue posible aducirla al proceso. Al contrario, si la parte por razones estratégicas o de cualquier otro tipo decide renunciar al descubrimiento del instrumento o mecanismo probatorio y al debate en la audiencia del juicio oral perdería la prueba de su carácter novedoso (Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 29626, acta No. 296, pág. 10 y 11).

En consecuencia, de lo anterior, y en cumplimiento del deber de Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia consagrado en el art. 95.7 Constitución., para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia **es posible considerar que el EMP y EF nuevo tiene por virtualidad la reanudación de la indagación preliminar cuando:**

- Cuenta con criterio de suficiencia que permita establecer la existencia o tipicidad de la conducta punible que conoció el operador fiscal.
- Se hace innecesario la constitución de criterios adicionales, so pena de constituirse como una carga excesiva para quienes desean la protección del derecho de acceso a la administración de justicia.
- Se debe recolectar o producir con posterioridad a la orden de archivo por parte del solicitante.
- En caso de que se haya producido con anterioridad a la expedición del archivo penal, el solicitante puede aportarla siempre que no haya tenido la oportunidad de conocerla o que no fue posible aportarla a la indagación preliminar.
- Debe ser distinta o diferenciable respecto del material probatorio que se evaluó el fiscal en la orden de archivo.
- Debe tratarse de una fuente de prueba distinta o diferente del material probatorio aportado a la indagación preliminar, con el fin de descartar aquellos EMP o EF que sean repetitivas.

Adicionalmente, es importante aclarar que no es posible exigir al solicitante del desarchivo que cumpla el procedimiento de cadena de custodia pues lo dejaría en

notable desventaja al requerir un conocimiento preciso de lo que se debe entender por cadena de custodia y de las formas que se deben cumplir. En el mismo sentido, la ciudadanía, así como el Ministerio público en la gran mayoría de situaciones no cuentan con recursos económicos suficientes o no tienen la posibilidad de contar con laboratorios independientes (y en tiempo oportuno) para examinar los EMP y EF de forma independiente al ente acusador (Reyes, 2006).

Finalmente, el solicitante puede acudir cuantas veces considere necesario siempre que se cumpla el requisito de allegar EMP o EF nueva que acrediten la tipicidad objetiva o la posibilidad de su existencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2, STP1994-102739, 2019, p. 15).

### **3.2. Diferentes mecanismos de protección constitucional a las posibles víctimas ante la orden de archivo manifiestamente arbitraria**

En decisión de la CSJ, expresamente se logró evidenciar que desde la exposición de motivos de la ley 906 de 2004 ya se exigía que la orden de archivo debe ser motivada en los siguientes términos:

QUINTERO BERNATE 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 [...]

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 motivación. (Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal, Proceso No 270149-27014, 2007)

En el capítulo anterior se explicó que la Corte Constitucional en Sentencia T50A/09 entendió que la orden de archivo “es una decisión judicial más de tipo administrativo que una providencia en sí misma considerada” y que “independientemente de la forma que adopte, se encuentra clasificado como una *orden*, una de las clases de providencias judiciales consagrada en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, adecuando las palabras del profesor Fernández, la **exigencia de motivación de las decisiones** permite ser diferenciar una orden de archivo frente a situaciones de arbitrariedad cuando son producto de la mera voluntad o capricho de quien ejerce la función pública, que para el caso concreto se trata del fiscal del caso. Una decisión arbitraria es aquella que carece de motivación respetable que se evalúa por la inexistencia motivación o motivación insuficiente o porque no está debidamente fundado en el material probatorio incautado. Sin embargo, al no contar el funcionario con los parámetros legales de motivación para proferir la orden de archivo, “más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión” para elegir cuál es la solución más apropiada para el caso concreto, explicando las razones del por qué estima “que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado ordena”, se debe considerar como una decisión arbitraria (Fernández, p. 86).

En sentido similar, para la CSJ que una decisión sea arbitraria significa que no tiene sustento en un marco legal, o que el funcionario que la emite sobrepone su voluntad al deber de actuar conforme a Derecho “con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Auto, AP368-51049, 2018, p. 56). Para que la decisión sea **suficientemente motivada** debe contener al menos los siguientes factores reconocidos por DE ASIS ROIG como: (i) Competencia del órgano; (ii) Publicidad de la decisión y de la regla en la que se apoya; (iii) Corrección de la regla atendiendo a los cánones de la lengua en la que el Derecho se expresa, lo que implica por tanto, posibilidad de atribuir significado a la regla y la (iv) no contradicción de la regla con enunciados válidos en el Ordenamiento y, por tanto, posibilidad de atribuir significado a la regla (De asís Roig, 2005, pág. 78).

En consecuencia, es deber del ente acusador exponer los motivos fácticos y jurídicos en la orden de archivo según las particularidades del caso concreto. No es tolerable al fiscal utilizar indebidamente preformas (formatos mecánicos) de órdenes de archivo vaciados de contenido argumentativo (real) que permita concluir por qué el ente acusador decidió no ejercer la acción penal (motivación inexistente, incompleta o deficiente), situación que impediría a la víctima e interesados poder manifestar su inconformidad.

### **3.2.1. Situaciones de manifiesta arbitrariedad**

Con base en los anteriores ejemplos es posible señalar los casos que, en consideración de esta investigación académica, encuadran en situaciones de manifestación arbitraria en lo que refiere a la decisión de archivo de las diligencias proferidas por el ente acusador.

#### ***3.2.1.1. La Indebida utilización de las causales de archivo***

No es factible que a través del archivo de las diligencias se justifique la impunidad de los casos que llegan a conocimiento de la FGN, en aras de la descongestión de los despachos judiciales y en clara contradicción de los principios de legalidad y obligatoriedad de la acción penal (art. 250 CN), so pena de ser investigados los delegados fiscales por el delito de prevaricato por acción. Tampoco es tolerable que se utilice esta figura para usurpar instituciones jurídicas que ya se encontraban consagradas por la legislación procesal penal de 2004 como es el caso de la declaración de la persona ausente (art. 127 CPP), de la preclusión de la investigación (arts. 331 y 332 CPP) o de la aplicación del principio de oportunidad (arts. 323 y 324 CPP).

En el capítulo anterior se plasmó que a pesar de la concurrencia de ciertas causales de archivo junto con las de preclusión (por inexistencia y por atipicidad objetiva), por tanto, tampoco le es permitido acudir a esas causales al momento de proferir decisiones de archivo.

### **3.2.1.2. Incumplimiento al deber de investigación efectiva**

Finalmente, también es posible señalar que el ente acusador incurre en arbitrariedad cuando utiliza indebidamente la figura del archivo de las diligencias por la inapropiada valoración del material probatorio sea porque de manera evidente no contaba con material probatorio para sustentar la causal de archivo o porque la estimación de ese material se hace sin margen de objetividad que permita explicar razonablemente la conclusión a la que llegó el fiscal del caso para inactivar la indagación preliminar.

Es posible que el ente acusador a través de la orden de archivo incumpla su deber de investigación efectiva se dé en las siguientes situaciones:

#### **a) Por no respetar los protocolos y principios de investigación de los delitos**

Se hace indispensable el cumplimiento irrestricto de ciertos protocolos de investigación proferidos por el Fiscal General de la Nación que prohíben la utilización arbitraria de la figura del archivo de las diligencias, situación que impide la garantía a las posibles víctimas de no impunidad. Es importante señalar que ciertos delitos si cuentan con tales protocolos. Por ejemplo, mediante Resolución No. 01774 de 2016 del Fiscal General de la Nación, creó el protocolo de investigación de violencia sexual y se establecieron medidas para su implementación y evaluación, herramienta que propició la expedición de la *Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual de la FGN*. En dicha guía, se exige a los delegados fiscales el agotamiento de una investigación integral y se estipula que sólo le es viable al ente acusador archivar después de garantizar el recaudo de todos los elementos materiales probatorios, EMP, y su análisis objetivo. De conformidad con ese documento, si bien “el archivo de diligencias no comporta una extinción de la acción penal, sí lleva consigo efectos importantes para las víctimas. En particular una decisión de archivo mal sustentada puede afectar el derecho al acceso a la justicia, la verdad y la reparación de la víctima” (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2016, p. 102). Los funcionarios fiscales no pueden sustentar la orden de archivo con base en estereotipos de género o discriminatorios, pero, tampoco, pueden sustentar esa decisión, únicamente,



en las dificultades o debilidades del testimonio de la víctima o en la inexistencia de material probatorio. El ente acusador también cuenta con otros protocolos de investigación para diversos delitos que han sido elaborados gracias a cooperación internacional como sucede con los delitos de trata de personas y de lesiones con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares.

De otro lado, en los casos de muertes violentas, por ejemplo, la Corte IDH ha decantado una serie de principios rectores que son de obligatorio cumplimiento para el ente acusador frente a este tipo de casos que investiga con el fin de evitar que caigan en impunidad atendiendo estándares internacionales tales como el protocolo de Minnesota (Corte IDH, Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador, Sentencia, 17 de noviembre de 2015, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 137 y 138).

#### **b) Algunos reparos sobre la política de intervención temprana**

Desde luego, el ente acusador también incumple el deber de investigación efectiva por la ausencia total de investigación. Es posible que tal situación se presente con ocasión a la política de intervención temprana implementada por la FGN.

Como quiera que la legislación procesal penal no cuenta con mecanismos de reanudación de la indagación preliminar por ausencia total de investigación oportuna y adecuada y que además son escasos los casos en que los jueces con función de control de garantías ordenen el desarchivo de las diligencias por esta circunstancia. Por el contrario, mediante regulación administrativa se crea la política de intervención temprana que sí la legítima.

De conformidad con las Resoluciones No. 0-2418 de 2017 y 0-3134 de 2015 expedidas por el Fiscal General de la Nación, la intervención temprana es una política integral que tiene como objetivo que los funcionarios, despachos, unidades y Direcciones Seccionales tengan una aproximación estratégica inicial a las entradas que reciben en las distintas etapas del proceso. Dentro de sus actividades, se destacan las de orientar a los usuarios, recibir las denuncias, realizar los actos urgentes, inadmitir o archivar, el análisis de los casos y la asignación estratégica de los mismos.

Esta figura merece hacer algunas observaciones de nuestra parte:

- La intervención temprana no consiste en una verdadera política estatal pero tampoco comprende un sistema integrado de gestión, pues cuentan con personal como con infraestructura insuficiente para analizar la gran cantidad de noticias criminales que les ingresa mensualmente.
- El literal “a” del artículo 20 de la Resolución 0-2418 de 2017 autoriza la “inadmisión o el archivo temprano” en los casos de evidente atipicidad o inexistencia, términos vaciados de contenido que hacen que se conviertan en una pendiente resbaladiza para archivar casos de poca importancia o de poco éxito en favor de las estadísticas de la FGN.
- Esa política de intervención temprana está reglamentada mediante un acto administrativo proferido por el Fiscal General de la Nación y no por una ley estatutaria que ha de regular derechos fundamentales como es el caso del acceso a la justicia, pero, sobre todo, porque la justicia en sí misma es un servicio público de carácter esencial.

### ***3.2.1.3. La ausencia de regulación expresa sobre el procedimiento desarchivo frente los casos de manifiesta arbitrariedad***

Según el informe de SISMA MUJER, la falta de regulación expresa del trámite de desarchivo ha traído obstáculos para las víctimas debido a que no “se reconoce su existencia, se desconocen sus alcances procesales o los del Juez en la audiencia” (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 29). Para la corporación, el juez de control de garantías sí tiene la competencia para verificar la legalidad de la decisión y, en consecuencia, verificar si la orden de archivo cumplió o no los requisitos para su procedencia. Se denuncia la ausencia de herramientas para solicitar el desarchivo en los casos de manifiesta arbitrariedad, dejando a las víctimas “sin ninguna posibilidad jurídica para impulsar la reanudación de la indagación” (Corporación sisma Mujer, 2011, p. 29). Sin embargo, **¿es cierto que el juez de control de garantías se encuentra legitimado para ordenar el desarchivo frente a los casos de manifiesta arbitrariedad? ¿Cuáles alternativas ofrece el ordenamiento jurídico, especialmente el bloque de constitucionalidad para contrarrestar los efectos de una orden de archivo ilegal?**

El ordenamiento jurídico puede ofrecer las siguientes **alternativas para reanudar la indagación preliminar** presidida de una decisión manifiestamente arbitraria por parte del ente acusador:

- Aplicación analógica del art. 172.5 CPP (Fallo determinado por la conducta típica de juez o de un tercero).
- Acción de revocatoria de la orden de archivo.
- Control de constitucionalidad (art. 4 y 241 CN).
- Acción de tutela (art. 86 CN).
- Control de legalidad excepcional (arts. 230 y 250 CN, así como los arts. 79, inc. 1º, 39 y 154.9 CPP)

### **3.2.2. Aplicación analógica del art. 172.5 CPP (Fallo determinado por la conducta típica de juez o de un tercero)**

Dice el art. 192.5 CPP:

Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

[...]

5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero.

Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria.

La causal quinta del art. 192.5 CPP exige para su estructuración la existencia de una decisión judicial, posterior a la sentencia objeto de revisión, que fue obra de una conducta delictiva de un juez o de un tercero “porque así se declaró judicialmente mediante un pronunciamiento debidamente ejecutoriado y acreditar, además, que entre esa conducta delictiva y el sentido del fallo cuestionado existe relación causal.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, No. AP2277-54690, 2019, p. 12). Según la literalidad de la CSJ, para el caso en concreto, es factible aplicar analógicamente esta causal para que el juez con función de control de garantías ordene la reanudación de la indagación preliminar que se paralizó con ocasión a la orden de archivo manifiestamente arbitraria

producto de la comisión del delito de prevaricato por acción (art. 413 CP) declarada en sentencia condenatoria con efecto de cosa juzgada, pues, aunque se respeta el principio de autonomía en sus decisiones, solo es admisible proferir orden de archivo cuando el fiscal hace una valoración objetiva de los motivos y circunstancias fácticas que permita inferir la atipicidad del delito o la inexistencia de los hechos:

De otra parte, la Sala deja sentado que el delito de prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto ostensiblemente contraria a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del “*imperio de la ley*” del artículo 230 de la Carta Política deben los funcionarios judiciales al texto de esta.

Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v.g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso y, de manera especial, cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP4319-44792, 2015, p. 15 y 16).

Sin embargo, no sobra advertir las demoras propias para lograr la investigación, juzgamiento y posterior condena por ese delito en contra del fiscal que libró la decisión de archivo de carácter ilegal, para lograr la reactivación de la etapa preliminar.

### **3.3.3. Acción de revocatoria de la orden de archivo ante el fiscal del caso y de reparación directa contra la FGN ante la jurisdicción contencioso-administrativa**

#### ***3.3.3.1. Revocatoria la orden de archivo (Práctica judicial y doctrina)***

En la práctica se logró evidenciar que, para ciertos delitos de alto impacto y susceptibilidad de re-victimización, como es el caso de la violencia sexual contra la mujer, algunos agentes de Ministerio Público ante las reiteradas negaciones de desarchivo por parte del ente acusador y al no contar con material probatorio de carácter novedoso, recurren a la figura de la revocatoria de la orden de archivo, como quiera que se trata de una decisión de carácter administrativa reconocida por la Corte Constitucional mediante sentencia T-520A/09, M.P. Mauricio González Cuervo. No obstante, llama la atención que, para solicitar la revocación de la orden de archivo arbitraria, no se hace con base en la normatividad contenciosa administrativa (especialmente en relación con los arts. 93 y siguientes del CPACA) sino que se hace acudiendo a la interpretación literal del inciso 1º del art. 79 CPP y del art. 250 constitucional. Se hace necesario mencionar que de conformidad con algunas experiencias compartidas con agentes de Ministerio Público, se ha podido establecer que muchas de estas solicitudes de revocatoria han prosperado por cierto temor, de parte de algunos delegados fiscales, de ser objeto de compulsas de copias a efectos de ser investigados penal y disciplinariamente, sin que medie orden de desarchivo suficientemente motivada.

Por su parte, aunque no hacen especial énfasis a su naturaleza administrativa del archivo ni al sustento legal que lo soporte, para los profesores Bernal y Montealegre (2002) la figura de la **solicitud de revocatoria** procede en cualquiera de los siguientes supuestos:

Estos serían los casos en que resulta procedente la solicitud de revocatoria del archivo de las diligencias:

-Cuando se presenta una prueba que no fue incorporada oportunamente y en consecuencia no pudo ser tenida en cuenta en el pronunciamiento que ordenó el

archivo de las diligencias. Esa prueba, por supuesto, debe tener la capacidad de afectar la decisión tomada;

-Cuando se demuestre un error protuberante en la fundamentación de la decisión que ordenó el desarchivo;

-Cuando se establezca que no se realizó una investigación seria y como consecuencia de ello se afectaron derechos fundamentales de la víctima;

-Cuando existe incompetencia del fiscal porque el archivo se fundamentó en el tipo subjetivo o en causales excluyentes de responsabilidad (aspectos que corresponden a los jueces). En otros términos, cuando exista afectación de derechos fundamentales (debido proceso).

El estudio debe ser aún más riguroso y exhaustivo cuando el caso tiene relación con un delito de lesa humanidad o una grave violación de los derechos humanos.

Por supuesto, la primera causal contemplada por los profesores mencionados se refiere a la solicitud de desarchivo por EMP o EF nueva mientras que las causales que siguen se refieren a casos de manifiesta arbitrariedad en la decisión proferida por el ente acusador.

### ***3.3.3.2. Acción de reparación directa (Pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá)***

Aunque no existe una línea jurisprudencial consolidada, en un caso particular que llegó a Tribunal Superior de Bogotá (sala Penal) se recibió una solicitud de audiencia de control de legalidad con fundamento en los arts. 329, parágrafo 1º, 39 y 79 CPP, para que de ser el caso proceda ordenar el desarchivo y reanudación de la indagación preliminar. El Magistrado a quien le correspondió reparto, se abstuvo de resolver la solicitud porque en su consideración la orden de archivo “no corresponde a un acto judicial, sino a un simple acto administrativo y, por tanto, el denunciante debe agotar la vía gubernativa y de mantenerse el archivo, la acción a seguir sería la contenciosa administrativa de reparación directa en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación”. No obstante, el solicitante interpone una acción de tutela y la CSJ ordena al Magistrado que realice la audiencia en la que se pronuncie de fondo sobre el control de

legalidad solicitado por el actor frente a la orden de archivo con base en las siguientes consideraciones que literalmente se plasman:

Los anteriores derroteros conducen a concluir que asiste razón a la parte demandante cuando alega que se incurrió en defecto sustantivo, pues el accionado desconoció la naturaleza y alcance de la orden de archivo que emite la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, consideración que no se aviene a los supuestos expuestos en el precedente [...].

En tal sentido, deviene evidente que se incurrió en una vía de hecho, por cuanto la decisión del accionado no se ajustó a las previsiones legales y jurisprudenciales que regentan esa figura, con la consecuente vulneración de los derechos fundamentales [...] toda vez que bajo un supuesto vacío normativo, el funcionario judicial accionado contravino las previsiones que sobre la materia se han venido acatando, en particular, sobre las posibilidades que clara y expresamente señala la sentencia C-1154 de 2005 para que el denunciante o víctima pueda debatir la orden de archivo cuyos efectos le resultan adversos, por lo que en el evento de denegarse la solicitud de reanudación de la investigación por existir controversia entre el denunciante y la fiscalía en torno a su procedencia, la parte afectada tiene la posibilidad de acudir ante el juez de control de garantías en orden a obtener su intervención en el asunto.

En estos casos, si bien juez es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales que le asiste a cada una de las partes en el proceso penal, de ahí que la conclusión a que arribó el demandado no es fruto de una interpretación válida de la norma, sino de una creación subjetiva constitutiva de una vía de hecho por defecto sustantivo, que desconoce el debido proceso y atenta contra el acceso a la administración de justicia, por lo que es imprescindible brindar la protección a efecto de que tales garantías sean restablecidas dado que frente a la decisión reprobada la actuación no ofrece alternativa idónea para cuestionar su validez (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP 16994-88067, 2016, p. 21-23).

En todo caso, se hace necesario explicar que la Jurisdicción Contencioso administrativa ha negado la posibilidad de reparación directa en los casos de resolución inhibitoria (antecedente inmediato del archivo de las diligencias) proferido por la FGN por casos como el error jurisdiccional, esto es, cuando el servidor público emite una providencia manifiestamente contraria a la ley (art. 66 LEAJ), debido a que el accionante aun cuenta con la aptitud de revocar la decisión por material probatorio novedoso. En este sentido, el Consejo de Estado ha explicado exactamente lo siguiente:

Es necesario precisar que tal como lo señala el artículo 328 arriba citado, la resolución inhibitoria puede ser revocada de oficio, a petición del denunciante o querellante aunque esté ejecutoriada, de manera que se considera que dicha decisión, de carácter interlocutorio, puede ser revocada o modificada de manera restrictiva, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla, hace tránsito a cosa juzgada formal, pero no material y constituye una excepción a la prohibición de que el funcionario pueda volver sobre una decisión interlocutoria en firme, para modificarla so pretexto de haberse cometido un error.

En el sub judice se resalta que la decisión adoptada adquirió carácter de cosa juzgada formal, es decir, que no se puede revisar la decisión dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, pero no puede la Sala pasar por alto el contrasentido que implicaría el reconocimiento de responsabilidad por el daño originado en una providencia, contra la cual, simultáneamente pervive la posibilidad de aportar nuevos elementos probatorios y solicitar en cualquier momento posterior su revocatoria o modificación. Ahora bien, aún de aceptarse la posibilidad de analizar un error jurisdiccional contenido en una providencia inhibitoria que no hace tránsito a cosa juzgada material y por tanto no tiene carácter de intangible, para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad debe acreditarse plenamente el daño antijurídico causado y su imputación fáctica y jurídica a la entidad demandada. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia, No. 2080538).



### **3.3.4. Control de constitucionalidad**

Después del constituyente de 1991 la Corte Constitucional se estableció como máximo garante de los derechos fundamentales, se dotó con unas atribuciones específicas de control de constitucionalidad de leyes y de normas que dan la misma categoría de ley según lo establecido en el art. 230 CN. De igual manera, el art. 4 permite a las autoridades públicas inaplicar esa misma normatividad que está en contravía del bloque de constitucionalidad. En este sentido, se evalúa si con esta alternativa se superan las barreras de acceso señaladas en las líneas anteriores.

#### ***3.3.4.1. Concepto y tipos de control de constitucionalidad***

##### **a) Control de constitucionalidad**

De conformidad con la sentencia C-1154/05 el art. 79 CPP fue demandado por inconstitucionalidad por el ciudadano Edilberto Álvarez Guerrero considerando que violaba los postulados del art. 250 CN modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, advirtiendo que la orden de archivo no puede ser inmune al control jurisdiccional del juez con función de garantías debido a que se le estaban una discrecionalidad ilimitada al fiscal para que desde un punto de vista subjetivo “*constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito.*” La Corte Constitucional declara su “*exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en el entendido de que la expresión <<motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito>> corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones. Sin embargo, se hace necesario tener a la vista que en capítulo anterior se señaló que en la Sentencia de constitucionalidad se explica que la Corte no declaró la exigencia de ejercer el control judicial automático a la orden de archivo, sino en los casos en que exista controversia entre el fiscal del caso y el solicitante de la reanudación de la indagación preliminar (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2015, p. 100).*”

### **b) Excepción por inconstitucionalidad o control de constitucionalidad por vía de excepción**

La excepción de inconstitucionalidad tiene lugar frente a la incompatibilidad entre una ley y la Constitución que impone una carga argumentativa sólida porque se pretende desconocer un mandato legal (art. 230 CN). Esta excepción impone el cumplimiento de unos presupuestos mínimos que exige demostrar el quebranto flagrante a la norma constitucional que no permita la mínima interpretación de forma contraria y que no requiera la formulación de argumentos sofisticados para sustentar este mecanismo de protección de derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Proceso, No. 31491, 2009, p. 12 y 13). Esta forma de control puede ser utilizada por “cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto” y se puede ejercer de oficio o a solicitud de partes, teniendo efectos *inter-partes* (Corte Constitucional, Sentencia, C-122, 2011, párr. 2.1).

En principio, se podría contemplar la posibilidad de acudir a la figura del control de constitucionalidad por vía de excepción al inciso 2º del art. 79 CPP por no regular el control de legalidad a la orden de archivo por manifiesta arbitrariedad, sin embargo, se debe descartar como quiera que uno de los requisitos para apartarse del precepto constitucional es que no haya sido objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, el precepto normativo no vulnera de forma flagrante, es decir, de forma manifiestamente contraria al art. 250 CN, modificado por el AL 02/03, que contempla el principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal en cabeza de la FGN (Corte Suprema de Justicia, AP1780-55138, 2019, p. 23 y 24).

### **3.3.5. Acción de Tutela**

Una de las conquistas en materia de protección judicial de derechos fundamentales consagrada por el constituyente de 1991 es la consagración de la acción de tutela en el art. 86. Por supuesto, el uso de este mecanismo no se puede hacer de manera indiscriminada por parte del usuario de la administración de justicia, pues, congestionaría los despachos judiciales. Por lo tanto, se hace con base en las líneas de jurisprudencia consolidadas por la Corte Constitucional, y con base en su facultad de revisión de

decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (art. 241.9 CN).

### **3.3.5.1. Requisitos**

Otra alternativa que ofrece el ordenamiento jurídico para atacar la legalidad de la orden de archivo por manifiesta arbitrariedad es la acción de tutela, siempre que se haya agotado todo el procedimiento de desarchivo en sus dos etapas (ante el ente acusador y, luego, ante el juez con función de control de garantías).

La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales creado por la Constitución de 1991 (art. 86, inciso 4º) y desarrollado por los Decretos 2591 de 1991, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, “salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Decreto 2591 de 1991, art. 6). Este mecanismo procesal puede ejercerse contra providencias judiciales, incluidas aquellas que profiere el juez con función de control de garantías siempre que se reúnan los requisitos de procedibilidad de carácter general y especial:

#### **a) Requisitos de procedibilidad de carácter general**

De acuerdo con los términos de la Corte Constitucional, los requisitos de procedibilidad son los siguientes:

- i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- ii) Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;
- iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración;
- iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora;
- v) Que la accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el

proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; vi) Que no se trate de sentencias de tutela. (Corte Constitucional, Sentencia T-038/17)

**b) Requisitos de procedibilidad de orden especial**

Se requiere que se configure, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos (requisitos de procedibilidad de orden especial) también enunciados por el máximo Tribunal de la justicia constitucional:

i) Defecto orgánico (falta de competencia del funcionario judicial); ii) Defecto procedimental absoluto (desconocer el procedimiento legal establecido); iii) Defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria); iv) Defecto material o sustantivo (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); v) Error inducido (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); vi) Decisión sin motivación (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la decisión); vii) Desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) y viii) Violación directa de la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia T-038/17)

***3.3.5.2. Alcance de dos causales específicas de procedencia para reanudar la indagación preliminar***

La SP CSJ ha dado seguimiento a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de causales específicas de la acción de tutela y se ha pronunciado frente a la orden de archivo de las diligencias. Sin embargo, es de aclarar que la actual posición del alto tribunal es que no se puede acudir a este mecanismo de protección constitucional hasta que no se haya agotado los recursos propios de la audiencia de solicitud de desarchivo ante el juez con función de control de garantías.

**a) Defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación probatoria)**

Adaptando la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la configuración del defecto fáctico propio como causal de procedencia de acción de tutela, se erige por

la malinterpretación de los hechos que conoce el fiscal del caso, la cual deviene de una inapropiada valoración del material probatorio sea porque (i) no contaba con EMP o EF para sustentar la causal de archivo de las diligencias, (ii) o porque la estimación del material probatorio se hizo de manera arbitraria, es decir, “que se advierta de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó” teniendo incidencia directa en la decisión archivar la actuación penal (Corte Constitucional, Sentencia, No. SU07, 2018, p. 41).

En un caso de posible violencia sexual contra menor la Corte Constitucional ampara sus derechos sin agotar la exigencia de un EMP o EF nueva de cara a reanudar la indagación preliminar configurándose como causal de procedibilidad la del *defecto fáctico* por la ausencia de investigación efectiva con base en las siguientes consideraciones que por supuesto conecta con el principio de legalidad u obligatoriedad y con el derecho al acceso a la administración de justicia:

[...] Así las cosas, recordando lo anteriormente expuesto, las órdenes de archivo están supeditadas: **(a) al principio de legalidad o de obligatoriedad**, que consiste según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 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. Por ende, **(b) sólo en los casos en que “no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización del delito, o indiquen su posible existencia”** (art.79 C.P) podrá archivar el expediente. Sobre el concepto de caracterización del delito, se recuerda que la Corte condicionó la expresión “*caracterización del delito*” a que corresponda a la tipicidad objetiva del mismo que mínimamente incluye un sujeto activo del delito, una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado. Con todo, para llegar a esa conclusión, el fiscal debe cumplir su función básica constitucional y legal en el nuevo sistema, que es **(c) la de investigar los hechos que se le den a conocer con el fin de perseguir a los infractores.** No puede olvidarse que la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación se inicia con la encomiable y comprometida labor de los Fiscales propender por *ella*. El Fiscal está obligado entonces, a llevar a cabo

aquellas investigaciones que le permitan establecer los elementos esenciales probatorios y la evidencia física para la identificación e individualización de los presuntos responsables de los ilícitos, sin valoraciones subjetivas de la conducta del sujeto o de la víctima. (d) Sus actuaciones fundadas claramente en la legalidad del proceso penal, **no pueden ser ajenas a los deberes constitucionales e internacionales existentes, relacionados con la garantía del acceso a la justicia** que él represente, el respeto a la dignidad de las víctimas y la protección especial y reforzada de los derechos de los menores. Finalmente, la orden de archivo, derivada del cumplimiento objetivo de las consideraciones anteriores debe ser motivada y comunicada a la víctima, partes y Ministerio Público (Corte Constitucional, Sentencia T- 520A/09, párr. 7.2).

**b) Defecto sustantivo o material y desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional)**

En relación con el caso No. 3 arriba señalado por el delito de injuria, la CSJ en sede de tutela expresamente amparó los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia (art. 29 y 228 CN) como quiera que el archivo penal se profirió incurriendo en los defectos *sustantivo o material* y de *desconocimiento del precedente*, con base en los siguientes argumentos que permitieron ordenar la reactivación de la actuación explicando que no es posible proferir orden de archivo por la ausencia de un ingrediente de carácter subjetivo propio de la causal de preclusión:

El primero, se configura cuando, entre otros, «*la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con -efectos erga omnes que han definido su alcance*». (CC T-459-2017, T-309-2015; T-781-2011, entre otras).

El segundo, ocurre cuando «*el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia*» (CC T-459-2017).

Pues bien, en la orden de archivo, el ente acusador desconoció el alcance que la Corte Constitucional fijó al artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en la sentencia C-1154-2005, en punto a que la Fiscalía General de la Nación sólo puede archivar una indagación cuando no concurren los elementos objetivos del tipo, más no por consideraciones frente a los subjetivos, con lo que incurrió en el defecto sustantivo o material.

Además, que desatendió el precedente fijado por la decisión de Sala Plena del 5 de julio de 2017 y que conforme se expuso, ha sido la línea pacífica de la Sala de Casación Penal, en cuanto que en tratándose de discusiones que versen sobre aspectos subjetivos de la tipicidad, la Fiscalía está impedida para ordenar el archivo y debe acudir ante el juez de conocimiento, por vía de la preclusión (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP8072, 2018, p. 22 y 23).

### **3.3.5.3. Inconvenientes**

La mayoría de los casos de sentencias de tutela que llegan en segunda instancia a la CSJ, fracasan por no cumplir con el requisito de *“la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del incumplimiento juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo”* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STP1160-2017, p. 8). En consecuencia, ante el carácter restrictivo de la regulación de la acción de tutela se hace necesario analizar sobre la viabilidad del control de legalidad a la orden de archivo producto de la arbitrariedad de parte de la FGN, y si **¿debe o no ser agotado como requisito previo (subsidiariedad) para acceder al amparo de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela?**

### **3.3.5.4. Control de legalidad a la orden de archivo por manifiesta arbitrariedad y principio de subsidiariedad de la acción de Tutela**

De conformidad con el inciso 4º del art. 86 CN, con el numeral 1º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de subsidiariedad como requisito general de la acción de tutela indique solo es procedente ese instrumento de protección cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial eficaz. Se trata entonces de impedir el abuso de la acción de tutela para vaciar de competencia a las autoridades judiciales ordinarias, con el propósito de obtener una respuesta más ágil y expedita. Sin embargo, el principio tiene dos excepciones que deben ser analizados según las particularidades del caso concreto, del mecanismo judicial así como del derecho fundamental posiblemente afectado: “La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que *<<siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela>>*” (Corte Constitucional, T-471, 2017, p. 16 y17).

Pues bien, en cuanto el requisito de subsidiariedad referido a la acción de tutela para revertir los efectos de la orden de archivo de las diligencias manifiestamente arbitrariedad, para la Corte Constitucional las posibles víctimas tienen la facultad de acudir ante el juez de control de garantías como una opción procesal viable, que sin embargo, carece de una regulación específica en el estatuto procesal que asegure de forma efectiva el acceso a la administración de justicia. Aunque es posible que el mecanismo logre proteger los derechos fundamentales involucrados en el proceso, para el análisis del caso concreto, la Corte literalmente explica que no se evidencia cuál es la actuación concreta que debe llevar el juez de garantías por las siguientes razones:

[...] en el caso que nos ocupa no es claro la pertinencia de su intervención para ordenar al Fiscal Delegado 111, de ser el caso, realice una investigación que no ha adelantado o que entre a valorar la pertinencia de algunos hechos objeto de su conocimiento; teniendo en cuenta que dentro del sistema penal acusatorio al que pertenece, la disposición de la acción penal es de la Fiscalía.

Por consiguiente, ante la amenaza de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos, sin que exista un medio de defensa



suficientemente efectivo en la protección privilegiada de esos derechos, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo de protección, por lo que la Corte entrará por ello en el análisis de fondo de los hechos, en esta providencia.”. (Corte Constitucional, Sentencia T- 520A/09, párr. 3.4)

De otro lado, en los dos últimos años la Corte Suprema no ha tenido una línea jurisprudencial definitiva sobre la manera en que se debe satisfacer el principio de subsidiariedad de la acción de tutela en lo concierne con la competencia del Juez de control de garantías en torno al control de legalidad en los casos de archivo penal producto de la arbitrariedad de la autoridad penal:

- **Decisión del 27 de junio de 2018, M.P. Eyder Patiño Cabrera:** Para el alto tribunal, el juez de control de garantías solo es competente, cuando se alegue el surgimiento de nuevo material probatorio. Nuevamente, se trata de la decisión de tutela que resolvió el caso No. 3 arriba expuesto. Según los términos de esa decisión, a la autoridad judicial no le corresponde definir si converge o no el ingrediente subjetivo del delito de injuria, en consecuencia, “ante la negativa del ente acusador en reconsiderar la determinación, el único mecanismo es la acción de tutela” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP807-98691, 2018, p. 11 y 12).
- **Decisión del 18 de noviembre de 2018, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero:** A diferencia del pronunciamiento anterior, se debe agotar “como primera medida, la solicitud de «desarchive» ante el ente fiscal respectivo; y en segundo término, solicitar el control de legalidad formal y material de la orden de archivo ante el Juez con Función de Garantías competente; cuya determinación, en caso de ser adversa a sus intereses, puede ser controvertida mediante los recursos ordinarios.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP14616-101310, 2018, p. 34 y 35).
- **Decisión del 19 de febrero del 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier:** Para la Corte, en caso de verificarse los presupuestos para fungir como víctima, puede solicitar ante el juez de control de garantías la defensa de sus derechos fundamentales por acciones u omisiones del ente acusador. Esta investidura se

encuentra habilitada para examinar si las facultades judiciales ejercidas por la FGN se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales sobre la base del respeto por los derechos fundamentales, por tanto, no se podría acudir a la acción de tutela si no se activa tal instrumento en cumplimiento de los arts. 153.8 CPP y 12 de la ley 1142 de 2007 (competencia residual). Por tanto,

[...] si lo que pretende el accionante finalmente es el desarchivo de las diligencias, de conformidad con lo normado en los artículos 79 de la Ley 906 de 2004, puede pedir directamente su revocatoria ante el juez de control de garantías, siempre y cuando aporte nuevos elementos materiales probatorios que permitan inferir al representante del ente acusador que se debe continuar con la investigación penal.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, STP 1999-102739, 2019, p. 11-13)

### **3.3.6. Control de legalidad excepcional (arts. 230 y 250 CN, así como los arts. 79, inc. 1º, 39, 153 y 154.9 CPP)**

Si bien es cierto, tanto la solicitud de desarchivo con base en EMP o EF nueva y la solicitud de control de legalidad a la orden de archivo buscan la reactivación la indagación preliminar, la finalidad y el sustento debe ser diferente para las dos situaciones:

- a) La prima primera opción, es una petición legalmente consagrada que busca destruir la fundamentación completa e inicial de la orden de archivo, es decir, la configuración de las causales de inexistencia o de atipicidad objetiva señaladas y desarrolladas por la sentencia C-1154/05 y del Auto No. 2007-0019 explicados en el capítulo anterior. Siempre, que se cumplan los parámetros jurídicos que ofrece tanto el estatuto procesal como la jurisprudencia de la CSJ que permiten explicar si el EMP o EF nuevo reúne las condiciones necesarias para reanudar la indagación preliminar arriba mencionadas.
- b) Por el contrario, la segunda opción no cuenta con regulación legal específica y se da bajo el presupuesto de una petición de revocar una decisión de impulso de la acción penal materializada de una providencia contraria a la ley (en

sentido amplio), concretamente, en manifiesta contradicción con el principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal que consiste en el incumplimiento al deber del ente acusador de ejercer la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por contempladas en la normatividad de carácter Constitucional y Procesal Penal y que se encuentra consagrado en el art. 250 CN y de los arts. 66 y 79, inciso 1º CPP porque la orden de archivo se libró con base en causales no habilitadas por el precedente conformado por las decisiones de las altas cortes (incluso por material probatorio que no sustenta las causales reconocidas) o por la indebida omisión probatoria (sea por falta de práctica o por ausencia de valoración probatoria total) que adquiere una incidencia real para que el fiscal del caso decida la paralización de la actividad investigativa a través de una orden de archivo.

#### **3.3.6.1. Alcance**

Los jueces de control de garantías tienen un deber excepcional de controlar el archivo penal que se debe realizar de manera “objetiva, manifiesta, patente, evidente, y no responder a una postura subjetiva, ni a una valoración distinta del caso, ni a una opinión contraria a la de la fiscalía, ni a la aplicación de un criterio dogmático diferente” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, SP14191-45594, 2016, p. 38). Por lo tanto, el mero disenso o la simple inconformidad con los argumentos esgrimidos en la orden de archivo penal se excluyen de la posibilidad de declarar la ilegalidad por parte del juez de garantías so pena de violar el principio de autonomía judicial que rige el archivo penal.

De las decisiones de Tutela resaltadas, las que más se ajustan a la protección constitucional del acceso efectivo a la administración de justicia, e incluso del debido proceso, de las posibles víctimas son las sentencias STP 16994-2016, STP14616-2018 y STP 1999-2019 que reconocen la competencia del juez de control de garantías para conocer de la solicitud de control de legalidad a la orden de archivo manifiestamente arbitraria en tanto que:

- No solo reflejan el cumplimiento del deber estatal de adecuar el ordenamiento jurídico local a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano. Al reconocer la facultad del juez de control de garantías para ordenar el desarchivo de las diligencias al declarar la ilegalidad de la orden demitida por la FGN, permite que el Estado realice inmediatamente las debidas diligencias para activar y completar eficazmente la investigación, en los términos del principio de plazo razonable. (Corte IDH, caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 7).
- Ratifica la competencia residual del juez de control de garantías que lo habilita a conocer en el escenario de una audiencia preliminar para proteger protección de derechos y garantías fundamentales por asuntos similares a los descritos en el art. 154 modificado por la ley 1142 de 2007 (arts. 153 y 154.9 CPP).
- Permiten el goce y ejercicio de los derechos y libertades concedidas en la Convención bajo la tutela judicial efectiva (Quinche Ramírez, 2017, p. 76) para las posibles víctimas como sujetos de protección bajo el principio “pro homine” consagrado en el art. 29 (literales a y b) CADH, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (1985) o las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad (2008), entre otros.
- Materializa el efecto útil de las sentencias emitidas por la Corte IDH (Aguirre, 2007, p. 80) en materia en cumplimiento del deber de prohibición de impunidad o frente a la caracterización de los casos de sobreseimiento ilegal o prematuro que vulneran el derecho al acceso a la administración de justicia, evitando de esa manera posibles condenas en contra del Estado Colombiano por violar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.
- Permite al Estado cumplir con el deber remover “todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso, e iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean necesarias para determinar y, en su caso, sancionar a los responsables” de los hechos ilícitos (Corte IDH, Caso miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs.

Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 18).

## Conclusiones

A partir del marco teórico, es posible establecer que en cumplimiento del principio de obligatoriedad de emanación constitucional y legal se permite a la FGN ordenar el archivo de las diligencias, esto es, la decisión de no ejercer la acción penal porque los resultados de la indagación preliminar permiten concluir al fiscal del caso que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o que indiquen su existencia como tal.

Ahora bien, siguiendo las diferentes decisiones de las altas Cortes, la orden de archivo es una decisión más de tipo administrativo que una providencia judicial en sí misma considerada en los términos del párrafo del art. 161 CPP, que no genera efectos de cosa juzgada material y que no proceden recursos legales. Sin embargo, en las diferentes providencias no se explica cuáles son los requisitos mínimos que deben tener la orden de archivo o cuáles son las implicaciones que trae reconocer su naturaleza administrativa. Tampoco se establece cuál es el procedimiento para solicitar la nulidad de la decisión como quiera que los arts. 93 y 137 CPACA restringen su posibilidad a determinados supuestos.

Por el contrario, de reconocerse su naturaleza judicial permite establecer unos requisitos mínimos que trae el art 162 CPP, solo que con particularidad que no proceden recursos, se emiten por fuera de audiencias e igualmente se emite de manera escrita sin más formalidades. Es posible identificar su carácter judicial porque se reconoce al ente acusador como órgano administrador de justicia y por el cumplimiento de sus funciones en juego un derecho fundamental como es el acceso real y efectivo a la administración de justicia en cabeza del denunciante y de la posible víctima y que además se le reconoce su capacidad de producción normativa a través de una orden que entra a hacer parte del ordenamiento jurídico positivo. Igualmente, su reconocimiento permite afirmar que al archivo penal le rigen dos principios como son la autonomía e independencia reconocidos tanto por la jurisprudencia como por el mismo ente acusador, sin que implique deslindarse de los deberes que le impone la ley.

De otro lado, se hace indispensable hablar sobre los efectos de la orden de archivo: Hace tránsito a cosa juzgada formal, esto es provisionalidad, pues es posible reanudar la indagación cuando se alleguen EMP o EF nueva siempre que no se hayan

incurrido en casos de extinción de la acción penal; no le es aplicable el principio *non bis in ídem* frente a indagaciones activas; no tiene efectos sobre la acción penal, por tanto, no genera renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal; no impone al juez de conocimiento su deber de declarar la preclusión por prescripción al tratarse de un asunto que no reviste las características del delito y finalmente, impone para el ente acusador el deber de conservar los EMP y EF durante la indagación penal mientras se encuentre archivada. En el mismo sentido, la orden de archivo se rige por varios principios de inexcusable cumplimiento como son el de legalidad u obligatoriedad, autonomía e independencia judicial, investigación efectiva y finalmente, publicidad y contradicción.

Pues bien, el archivo de las diligencias no procede únicamente por los supuestos del art. 79 CPP, pues cuenta con varias clases o tipología reconocida por el ordenamiento procesal. Es posible encontrar el archivo de la actuación con efectos extintivos para la acción penal (art. 78 CPP) modalidad que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-591/05; una práctica que intentó implementarse que era el denominando “archivo automático” por el cumplimiento de los términos del párrafo del art. 175 de la ley 1453 de 2011, situación finalmente aclarada por el mismo guardián de la Constitución mediante sentencia C-893/12; así como los denominados archivos especiales que se dan por los escritos anónimos (art. 9 CPP, inciso 4), por desistimiento de la querrela (art. 76 CPP) o por conciliación en los casos de los delitos querrelables (art. 522 CPP).

Aparte de lo anterior, las causales de procedencia del archivo reguladas según el art. 79 CPP ha sido objeto de amplia reflexión en la jurisprudencia. En su redacción original, el poder legislativo permitía ordenar el archivo de las diligencias cuando no existen motivos y circunstancias que permitan su caracterización como delito abarcando cualquiera de sus aspectos dogmáticos, sin embargo, la Corte Constitucional dispuso que corresponde dicha expresión no corresponde a la tipicidad objetiva o en los casos de inexistencia de los hechos. Por su parte, la Sala Plena de la CSJ fijó su criterio sobre qué se debe entender por tipicidad objetiva a partir de la enunciación una casuística que puede ser invocada para archivar las diligencias y es en cuanto a los sujetos, a la acción, al resultado y otros elementos, así como anuncia en la misma decisión cuáles son los supuestos que no procede la orden de archivo. Igualmente, el archivo de las diligencias

encuentra afinidad con diferentes figuras procesales que permite ser diferenciadas. Encuentra su antecedente inmediato en la resolución inhibitoria regulada en el art. 327 de la ley 600 de 2000, así como encuentra similitudes en algunas facultades del ente acusador consagradas en la ley 906 de 2004 como son, la inadmisión de la denuncia (art. 69), la solicitud de preclusión de la investigación (arts. 331 y 332) y la solicitud de absolución perentoria (art. 442).

Sumado a lo anterior, por su efecto de cosa juzgada formal, la posible víctima así como el Ministerio Público pueden solicitar el desarchivo de las diligencias que cuenta con dos fases: La primera, se agota ante el fiscal que ordenó la suspensión de la actividad investigativa a quien se allega el EMP o EF que demuestre la existencia o tipicidad de la conducta y la segunda, en caso que persista controversia entre el fiscal del caso y el solicitante, se habilita la competencia del juez con función de control de garantías para resolver la petición de desarchivo mediante audiencia pública, sin que signifique una especie de control automático a la orden, encontrando su antecedente inmediato en la figura de la revocatoria de la resolución inhibitoria según los términos del art. 328 de la ley 600 de 2000.

De otro lado, se logró establecer que uno de los derechos que les asiste a las posibles víctimas es el acceso real a la administración de justicia que tiene reconocimiento no solo en la Constitución Política (arts. 29 y 229) sino también en los arts. 8.1 y 25 de la CADH y que ostenta la categoría de *ius cogens*, esto es, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos contando el derecho fundamental con dimensiones como son la posibilidad de acudir físicamente ante la rama judicial y a que el conflicto planteado sea resuelto de manera pronta por parte de la administración de justicia. Así mismo, el derecho presenta diferentes manifestaciones como son, el derecho a ser oído siempre que esté en cuestión la determinación o garantía de un derecho y de contar con mecanismos idóneos y suficientes para tal efecto teniendo en cuenta su rol de coadyuvantes de la autoridad competente para investigar delitos de oficio; el derecho a contar con las herramientas idóneas para la solución de controversias y la sanción de los delitos, imponiendo en cabeza del Estado su deber de desarrollar una investigación exhaustiva, seria, diligente e imparcial garantizando la no impunidad de los delitos quedando proscrita la figura del sobreseimiento prematuro o ilícito similares a las



figuras del archivo de las diligencias y de la preclusión consagradas por nuestro estatuto procesal penal; el derecho a un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales que le permita a los usuarios de la administración de justicia; el derecho a obtener respuesta en un plazo razonable y que sea acorde al derecho, así como el derecho a que se cumpla lo previsto en ella que busca que se eviten entorpecimientos o dilaciones indebidas que conduzcan a la impunidad y finalmente, el derecho a un tribunal independiente e imparcial que se extiende también a la etapa de investigación de las conductas.

Pues bien, las manifestaciones a ese derecho fundamental se relacionan con una serie de obligaciones adquiridas por los Estados que han ratificado la CADH como son las obligaciones de respeto, de garantía, de adecuación y de no discriminación, obligaciones que pueden ser incumplidas con la existencia de barreras para la protección real del derecho al acceso a la administración de justicia en relación con el procedimiento de desarchivo de las diligencias que se lleva ante la FGN y ante el juez de control de garantías. Dentro de la variedad de situaciones problemáticas que se presentan por la cantidad de vacíos en la regulación de su procedimiento o por los problemas de inseguridad jurídica, entre otros factores, se hace necesario destacar las siguientes: En primer lugar, la falta de suficiencia en los parámetros jurídicos para definir los conceptos de EMP y EF nueva de cara a solicitar el desarchivo de las diligencias con el fin de evitar la absoluta arbitrariedad en el operador jurídico que resuelve la solicitud y en segundo lugar, la ausencia de parámetros jurídicos que permita identificar la existencia de medios procesales ordinarios en la ley 906 de 2004 para reactivar la indagación preliminar en los casos de órdenes de archivo manifiestamente arbitrarias porque el ente acusador no cumple con su deber de investigación efectiva y también en los eventos en que el ente acusador desatiende el precedente constitucional que permite archivar la indagación únicamente en los casos de atipicidad objetiva e inexistencia de los hechos o cuando desatiende los lineamientos trazados por la jurisprudencia de las altas cortes en desarrollo de las causales para archivar.

Para identificar la existencia de esas barreras de acceso, se hizo necesario que en la indagación se documentara casuística de los años 2018 y 2019 suministrada por diferentes operadores jurídicos de disímiles roles sea como abogados litigantes, como

Ministerio Público o como Juez con función de control de garantías que permitiera identificar algunas situaciones que conllevan a la afectación del derecho fundamental al acceso de la administración de justicia, así como la enunciación de algunos casos mediante Informe de Sisma Mujer del año 2011.

En lo que se refiere a la *primera de las barreras de acceso*, de los casos evidenciados, se logró demostrar un inadecuado manejo de la orden de archivo de las diligencias que se da por la ausencia de análisis del EMP o EF que se allega a la solicitud de desarchivo para identificar si revestía o no del carácter novedoso; falta de señalamiento de los EMP concretos que permitiera explicar cuál es el grado de incidencia para demostrar la tipicidad o existencia de la conducta investigada así como la exigencia de cargas procesales adicionales argumentativas al solicitante del desarchivo de las diligencias. Frente a la *segunda barrera de acceso*, de los casos identificados, es posible vislumbrar órdenes de archivo con fuerte carga de discriminación por razones de género que se agravan por la inadecuada interpretación de las causales de archivo; la aplicación inadecuada del estándar probatorio duda a favor del indiciado que no se encuentra consagrado en la legislación procesal en materia de archivo de las diligencias; la omisión de valoración de hechos demostrados y la falta del deber de investigación que sustente la decisión de archivo de las diligencias; la abusiva utilización de la causal imposibilidad de ubicar el sujeto activo de la conducta punible reconocida por la Sala plena de la CSJ mediante Auto No. 2007-0019 de Julio de 2007. Como complemento, es posible destacar la casuística presentada por SISMA MUJER que se enfoca en cuestionar la indebida utilización de la figura del archivo cuando se hace latente la falta de claridad sobre los fundamentos materiales de la decisión por asuntos en que se encuadrarían causales de exclusión de responsabilidad siendo competencia de la preclusión o por situaciones que conllevan al efecto de re-victimización de la víctima de agresión sexual en contra de la mujer, e incluso, en casos en que se consideraron ingredientes normativos que no existen en las conductas descritas en los tipos penales. Igualmente, la incorporación de derechos de humanos, denuncia la ausencia de cumplimiento de requisitos para el archivo de las diligencias como son la falta de motivación y comunicación efectiva al Ministerio Público o a las víctimas negándoles la posibilidad de conocer los fundamentos de la decisión y de oponerse a la decisión; así como la persistencia de patrones

discriminatorios y estereotipos por razones de género en los fundamentos de la orden de archivo que deja entrever la imparcialidad del fiscal que conduce la investigación.

De esta manera, las anteriores barreras que impiden la materialización del derechos al acceso a la administración de justicia obedece eventualmente e diferentes factores como son el desconocimiento de derechos y deberes de los usuarios de la administración de justicia, la falta de legitimidad en la administración de justicia, la congestión de los despachos judiciales que repercute en la eficacia y eficiencia de la justicia así como los problemas que trae las diferentes situaciones de inseguridad jurídica.

En consecuencia de lo anterior, como se hace necesario encontrar cuáles son los parámetros jurídicos que el operador debe tener en cuenta para resolver la solicitud de desarchivo y así superar a esas barreras de acceso a la administración de justicia presentadas, es posible que el servidor público competente acuda a diferentes figuras consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano en consonancia con la jurisprudencia interamericana en materia de protección al acceso a la administración de justicia. Dicho de otro modo, y teniendo en cuenta las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano, se sigue que no es posible justificar que por la ausencia de regulación legalmente expresa en materia del procedimiento de desarchivo el competente no permita superar las barreras de acceso de cara a garantizar los derechos de las posibles víctimas.

En cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano en materia de acceso a la administración de justicia, frente a la **primera barrera de acceso** se hace necesario que el operador jurídico brinde seguridad jurídica e impida que se impongan cargas procesales excesivas o irracionales al solicitante. Para ello, se hace necesario empezar desde el método interpretación literal o gramatical y terminar acudiendo a la aplicación analógica de la causal de acción de revisión “prueba nueva” del art. 192.3 CPP, en consecuencia, es posible la reanudación de la indagación preliminar cuando los EMP y EF cuenten con criterio de suficiencia que permita establecer la existencia o tipicidad de la conducta penal, que se recolecten o produzcan con posterioridad a la orden de archivo por parte del solicitante siempre que no haya tenido oportunidad de conocerlos o de aportarlos a la indagación y que se descarte la

posibilidad de aportar material probatorio repetitivo respecto del recolectado en indagación preliminar.

En lo que se refiere a la **segunda barrera de acceso**, cuando el operador jurídico se enfrenta a una solicitud de desarchivo respecto a una decisión arbitraria emitida por el fiscal en los casos en que carece de motivación respetable para utilizar la causal de archivo de las diligencias escogidas (sea por utilizar causal propia de otra figura procesal o porque no está debidamente fundada la causal en el material probatorio recolectado). También aplica en los casos de incumplimiento de los protocolos y principios de investigación, así como en los casos de ausencia total de investigación efectiva que llevan al ente acusador a decidir el archivo penal. 8

Pues bien, a pesar de la ausencia de regulación expresa sobre el procedimiento de desarchivo frente a los casos de manifiesta arbitrariedad, de acuerdo con los resultados de esta investigación, es factible destacar que el ordenamiento jurídico sí le ofrece al solicitante de desarchivo diferentes soluciones que permita superar la segunda barrera mencionada: La aplicación analógica del art. 172.5 CPP que hace referencia al fallo determinado por la conducta típica del fiscal del caso que para la situación podría ser en los casos de condena por prevaricato; se ha contemplado ejercer algunas acciones contenciosas administrativas como son la solicitud de revocatoria directa, sin embargo, tales peticiones no cuentan con sustento legal (tanto en el CPACA como en el CPP). Otra opción es la acción de reparación directa (art. 140 CPACA) que no es admisible porque la CSJ ha desconocido su procedencia y porque la Jurisdicción contencioso-administrativa se ha pronunciado en relación con una figura análoga al archivo de las diligencias como es la resolución inhibitoria debido a que no tiene efectos definitivos como para reconocer el error jurisdiccional. De otro lado, se descarta de entrada la eventualidad de acudir a los controles de constitucionalidad concentrado y difuso (arts. CN) como quiera que la posibilidad de control a la decisión de archivo ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en decisión C-1154/05 explicando que se habilita la competencia del juez de control de garantías cuando existe controversia respecto de la reanudación de la indagación preliminar; otra de las opciones que cuenta el solicitante es acudir a la acción de tutela (art. 86 CN) demostrando algunas causales tales como el defecto fáctico (que la decisión carezca de fundamentación

probatoria) o en los casos de defecto sustantivo o material y desconocimiento del precedente (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional).

Finalmente, el solicitante cuenta con la posibilidad de acudir a la figura del control de legalidad excepcional a la orden de archivo arbitraria (arts. 79, inc. 1º, 39, 153 y 154.9 CPP), siendo esta posibilidad mucho más acorde con el desarrollo jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la CIDH en materia de protección del derecho al acceso real a la administración de justicia de las posibles víctimas porque permite la posibilidad de reanudar la indagación preliminar en caso que el solicitante no haya reunido los requisitos de EMP o EF nueva. Esta situación sea subsidiaria, concomitante o autónoma respecto de la solicitud de desarchivo por el inciso 2º del art. 79 CPP, debe ser admitida como forma de control de legalidad excepcional cuando la arbitrariedad sea “objetiva, manifiesta, patente, evidente” que vulnere el derecho al acceso real a la administración de justicia.

En todo caso, el procedimiento de desarchivo es un escenario poco común (o fuera de la normalidad) a los demás procedimientos que trae nuestro estatuto procesal. Como situación excepcional, se encuentra la posible víctima enfrentada al fiscal del caso que mediante una decisión que dispuso la paralización de la actividad investigativa porque no encontró elementos de valoración que amerite el ejercicio de la acción penal y el orden de las cosas exige cumplimiento irrestricto del principio de obligatoriedad que solo lo habilita al fiscal ejercerla cuando los hechos revisten de las características de un delito. En principio, la contienda se da por la existencia de un material novedoso, pero también exista la posibilidad se porque la contienda surta porque el fiscal profirió una decisión manifiestamente arbitraria y que en cualquiera de los dos supuestos habilita la competencia por parte del juez de garantías en caso de que no se solucione y mientras eso ocurra se pueden presentar o mantener diversas particularidades que puedan poner o lesionar derechos fundamentales para las posibles víctimas.

Por supuesto, la investigación sobre las barreras de acceso en materia de procedimiento del desarchivo no se agota con éstas líneas. Se hace necesario fomentar escenarios de discusión que permita dilucidar sobre cuáles son las posibles maneras de afrontar los factores o circunstancias que impiden la materialización del derecho

fundamental en materia del procedimiento de desarchivo sin que se traduzca o signifique la eliminación de la figura del archivo de las diligencias o la estigmatización de la actuación de los funcionarios de la FGN que acuden a esta facultad y que en el fondo permite descongestionar despachos judiciales ante la inminente crisis de la administración de justicia de nuestro país. Todo lo contrario, hay que fortalecer y darle entidad a la figura del archivo, pero también hay que dotar a las posibles víctimas de herramientas idóneas que permita defender sus derechos fundamentales para evitar el fenómeno de la impunidad en la investigación de los casos que conoce el ente acusador. Por tanto, quedan varias tareas por realizar por parte de todos:

En primer lugar, se hace indispensable solicitar que las relatorías de las altas Cortes, las Universidades del País y las editoriales especializadas en contenidos del Derecho ofrezcan bases de datos idóneas que permitan sistematizar los aspectos generales sobre la orden de archivo de las diligencias tales como su naturaleza, efectos, principios rectores o sus rasgos característicos que permitan diferenciarla de otras figuras procesales análogas así como el sentido y alcance de sus causales siempre que se atienda los presupuestos señalados por la Corte Constitucional según el precedente en materia de archivo de las diligencias. Es muy difícil -por no decir una tarea imposible de lograr- que los operadores jurídicos garanticen seguridad jurídica a los usuarios de la administración de justicia cuando la jurisprudencia de la CSJ (incluida en materia de acción de tutela) que es la que más ha presentado diferentes pronunciamientos sobre estos temas no ha ofrecido líneas sólidas que permitan caracterizarla. Igual sucede con el procedimiento de desarchivo y con la falta de soluciones contundentes e igualmente consistentes que permitan superar las barreras de acceso al derecho fundamental. El desorden en materia jurisprudencial hace dificultosa la labor de seguimiento la jurisprudencia y eso se debe combatir.

En segundo lugar, (siendo un tema mucho más de fondo) es la necesidad de reflexionar sobre el problema de la falta de soluciones idóneas en la presentación de proyectos ley para afrontar la crisis de la administración de justicia y por el contrario poco o nada contribuyen a la superación de las barreras de acceso mencionadas. Para ofrecer un ejemplo, en desconocimiento tanto del precedente constitucional como del Auto No. 2007-0019, 2007 de la Sala Plena de la CSJ en proyecto de Ley No. 235 del Senado de

la República (Congreso de la República, Gaceta No. 1073 de 2019). Se pretende que el archivo de las diligencias proceda cuando “no haya lesionado o puesto en peligro, de manera efectiva el bien jurídicamente tutelado” situación que desconoce la Sentencia C-1154/05 que permite únicamente la paralización de la indagación preliminar atipicidad objetiva e inexistencia y una figura para la cual está instituida para estos como es el principio de oportunidad. Otra cosa sea que el trámite administrativo del principio de oportunidad sea alta complejidad que dificulte su utilización.

En tercer lugar, se hace necesario deliberar sobre la necesidad de realizar por parte de la rama judicial incluida la FGN campañas de difusión sobre los protocolos de investigación proferidos por el ente acusador y acerca de los principios internacionales en materia de investigación de los delitos que son de obligatorio cumplimiento por el director de la indagación preliminar.

En cuarto lugar, se hace necesario continuar con la línea de investigación y discutir sobre varios de los aspectos básicos sobre el control de legalidad a la orden de archivo manifiestamente arbitraria que permita establecer su dimensión y alcance. Se hace necesario encontrar razones si debe o no ser una audiencia deslindada y totalmente independiente ante el juez de control de garantías respecto del procedimiento de desarchivo por material probatorio novedoso sobre todo para aquellos casos en que se imposibilita su obtención por parte de las posibles víctimas; así como las características y qué condiciones debe tener en cuenta el operador jurídico para lograr la reanudación de la indagación preliminar pues, de ninguna manera, el control de legalidad podrá auspiciar una indebida intromisión a los principios de independencia e imparcialidad del fiscal que decide el archivo de las diligencias. En el mismo sentido, se hará necesario dejar en claro si el control de legalidad debe ordenarse de oficio por parte del juez de control de garantías o si debe ser rogada, esto es, solicitado por quien pretende la reanudación de la indagación. E igualmente, valdrá la pena rebatir si una vez el juez de control de garantía que decide el desarchivo de las diligencias por manifiesta arbitrariedad podrá ordenar la remoción del fiscal que conoció de la indagación preliminar por falta de apariencia de imparcialidad.

En quinto y último lugar, sería importante meditar sobre el uso del rigorismo excesivo por el apego a la literalidad de ley que impide una solución efectiva a la segunda

de las barreras de acceso y conllevaría no solo a la denegación de justicia sino al incumplimiento del principio *pro homine* y en particular *pro-víctima* de reconocimiento internacional en materia de derechos humanos.



## Referencias

Acosta, P. (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Aguirre, J.E. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>

Bernal, J., y Montealegre, L. (2002). *El Proceso Penal 4a. edición actualizada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Buitrago, Á. (2017). XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal: Cartagena-Colombia 6, 7 y 8 de septiembre 2017. Universidad Libre; Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Corporación Excelencia de la Justicia. (2016). *Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento*; premio Luis Carlos Sarmiento. Bogotá. Recuperado de: [http://anif.co/sites/default/files/investigaciones/premio\\_luis\\_carlos\\_sarmiento\\_vf\\_0.pdf](http://anif.co/sites/default/files/investigaciones/premio_luis_carlos_sarmiento_vf_0.pdf)

Corporación Sisma Mujer. (abril de 2011). *Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres*. Recuperado de: <http://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2016/12/33.-Obst%C3%A1culos-de-Acceso-a-Justicia-de-Mujeres-V%C3%ADctimas-de-Violencia-Sexual-en-Colombia.pdf>

De Asís Roig, R. (1995) *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.

De Asís Roig, R. (2005). *El Juez y la Motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson.

Devis, H. (2015). *Teoría general del proceso*. Temis.

Escuela Judicial Rodrigo Lara. (2018) *Guía judicial para audiencias de control de garantías en el área penal, actualizado ley 1098/06*; tercera edición. Recuperado de: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca/content/pdf/a16/22.pdf>

Fernández, W. (15, septiembre, 2006). *El juez de control de garantías*. En: *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/el-juez-de-control-de-garantias>

Fiscalía General de la Nación. *Protocolo de investigación de violencia Sexual: Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual (1)*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolo-de-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptados-final.pdf>

Fiscalía General de la Nación. *Protocolo de investigación de violencia Sexual: Judicialización de los hechos de violencia sexual (4)*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Modulo-4.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2018). *Manual del sistema de cadena de custodia*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/MANUAL-DEL-SISTEMA-DE-CADENA-DE-CUSTODIA.pdf>

González, A y Sanabria, J. (2013). Obligaciones de los Estados parte de la convención americana. *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 8, n 2.

Marquéz, A. (2010). Actuaciones de las víctimas como sujetos procesales en el nuevo sistema penal acusatorio. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII, (26), julio-diciembre. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617274002.pdf>

Naciones Unidas - oficina para la droga y el delito, Planeación de la investigación y plan metodológico, Programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe –LAPLAC. Recuperado de: [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Planeacion\\_de\\_la\\_Investigacion\\_-\\_Colombia.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Planeacion_de_la_Investigacion_-_Colombia.pdf)

Perdomo, J. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pulido, C. (jul.-dic. de 2017). Aspectos que inciden en el acceso de las víctimas a la administración de justicia durante la etapa de investigación en el proceso penal. *Criterio Jurídico Garantista*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 10 (17), [146-164]. doi: <https://doi.org/10.26564/21453381.790>. Recuperado de: <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/790>

Quinche Ramírez, M. (2017). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis.

Reyes Alvarado, Y. (Octubre –diciembre de 2014). Archivo de la investigación por atipicidad objetiva. *Revista derecho penal* (49), [5-36]. Recuperado de [http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal\\_0a6be39440d60020e0530a0101510020](http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_0a6be39440d60020e0530a0101510020)

Rodríguez Vega, M., & Pino Reyes, O. (2015). Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno. *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte, 22 (1), 351-399. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/3710/371041330009.pdf>

Sampedro, J. & Coronado, J. (2013). *Las facultades probatorias de las víctimas en el proceso penal colombiano*. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Colombia: Instituto Colombiano De Derecho Procesal. Recuperado de [http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/issue/download/49/pdf\\_1](http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/issue/download/49/pdf_1)

Ventura, M. (2005). *La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. Recuperado de: <https://n9.cl/9kygh>

## **Leyes**

Congreso de la República. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la administración de Justicia. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045451/LEY+270+DE+1996+PDF.pdf/4c73d5bb-2321-4ea8-852f-beec9faf31a5?version=1.1>

Congreso de la República. Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.  
Recuperado de:  
[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_de\\_la\\_Infancia\\_y\\_la\\_Adolescencia\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf)

Congreso de la República. Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente la ley 906 de 2004 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.  
Recuperado de: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1142\\_2007.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1142_2007.htm)

Congreso de la República. Ley 600 de 2000. Código De Procedimiento Penal.  
Recuperado de:  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6389>

Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Código De Procedimiento Penal.  
Recuperado de: [http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/col/sp\\_col-int-text-cpp-2005.html](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html)

Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la República. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Penal en materia de seguridad. Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1453\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html)

Congreso de la República. Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.  
Recuperado de:  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53771>

Congreso de la República. Ley 1826 de 2017. Ley de procedimiento penal especial abreviado y del acusador privado. Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1826\\_2017.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1826_2017.html)

## **Acto legislativo**

Congreso de la República. Acto Legislativo 2 de 2003. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11151>

## **Decretos**

Presidencia de la República. Decreto 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>

Presidencia de la República. Decreto Ley 016 de 2014. Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/DECRETO-016-DEL-09-DE-ENERO-DE-2014.pdf>

Presidencia de la República. Decreto 1834 de 2015. Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Recuperado de: <https://www.cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/DECRETO%201834%20DEL%2016%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202015.pdf>

Presidencia de la República. Decreto Ley 898 de 2017. Por el cual se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20898%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>

Presidencia de la República. Decreto 1983 de 2017. Referente a las reglas de reparto de la acción de tutela. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84498>

## **Normatividad Internacional**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica el 7 al 22 de noviembre de 1969.

## **Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Corte Constitucional. Sentencia T-268/96 [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-334/99 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-334-99.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-1154/05 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1154-05.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-591/05 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T- 520A/09 [MP. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-520A-09.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-453/11 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-543-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-893/12 [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-893-12.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-366/14 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-366-14.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-159/16 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-159-16.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU072/18 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

## **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Caso Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_97\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de enero de 2006. Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_140\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Caso Valle Jaramillo y otros (Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_192\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares Fondo, reparaciones y costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Caso Osorio Rivera Y Familiares vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_274\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Caso Velásquez Paiz vs Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_307\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones

y costas). Recuperado de:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_306\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Caso miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_328\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 16 febrero De 2017. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_333\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Caso Acosta y otros vs. Nicaragua (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_334\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_334_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso Vereda la Esperanza vs Colombia (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_341\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_341_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso Lagos del Campo vs. Perú, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)

### **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia Sala de casación penal, Proceso No 270149-27014, 2007. [MP Javier Zapata Ortíz].

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (5 de julio de 2007) Auto No. 2007-0019. [Yesid Ramírez Bastidas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (17 de junio de 2009) Proceso No. 31537. [MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán].



Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de abril de 2011) proceso No. 35946. [MP María del Rosario González Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. (31 de agosto de 2011) Proceso 34848. [MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán].

Corte Suprema de Justicia, Sala de decisión penal de Tutelas. (9 de agosto de 2012) T-61978. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (17 de octubre de 2012) Radicado No. 39679. [MP María del Rosario González Muñoz]

Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de tutelas. (14 de febrero de 2013) T-65146, 2013. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de junio de 2014) SP 8175-42422. [MP José Luis Barceló Camacho].

Corte Suprema de Justicia. (16 de julio de 2014) MP SP 9245-42422. [MP José Luis Barceló Camacho].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de abril de 2015) SP4319-44792. [MP María del Rosario González Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de junio de 2015) SP7584-45622. [MP Eugenio Fernández Carlier]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (28 de octubre de 2015) AP6363-42949. [MP Eyder Patiño Cabrera]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de enero de 2016) SP134-46806. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (20 de junio de 2016) AP3939-44960. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de agosto de 2016) AP 5151-48204. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (31 de agosto de 2016) AP5738-47683. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (31 de agosto de 2016). AP4582 – 46533. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. (5 de octubre de 2016) AP6930-45851. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de tutelas No. 1. (24 de noviembre de 2016) STP17212-89046. [MP Eugenio Fernández Carlier].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de enero de 2017) AP336-48759. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2. (26 de enero de 2017) STP 704-89927. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (6 de febrero de 2017) AP626, 2017. [MP Eugenio Fernández Carlier].

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (1 de marzo de 2017). AP 1332-49492, 2017. [MP Eugenio Fernández Carlier].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (5 de julio de 2017) AP 4277-50626. [MP Luis Antonio Hernández Barbosa].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de Tutelas. (10 de octubre de 2017) STP16816-94397. [MP José Francisco Acuña Vizcaya].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. (31 de enero de 2018) AP368-51049. [MP. Fernando León Bolaños Palacios].

Corte Suprema de Justicia. (15 de marzo de 2018) AP979-50095. [MP Luis Guillermo Salazar Botero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de junio de 2018) STP8072 – 98691. [MP Eyder Patiño Cabrera].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (25 de julio de 2018) AP3168-53107. [MP Eugenio Fernández Carlier].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de noviembre de 2018) Sentencia, STP 16994-88067. [MP Fernando Alberto Castro Caballero]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas. (15 de noviembre de 2018) STP14864-101412. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala especial de primera instancia. (19 de noviembre de 2018) AEP00038 – 51970. [MP Ramiro Alonso Marín Vásquez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (31 de enero de 2019) STP805-101856. [MP José Luis Barceló Camacho].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de Tutelas No. 2. (12 de febrero de 2019) STP1612 – 162644. [MP Patricia Salazar Cuellar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2. (19 de febrero de 2019) STP1994-102739. [MP Eugenio Fernández Carlier].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de abril de 2019) AP 1326-52706 [MP José Francisco Acuña Vizcaya].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sala de decisión de tutelas No. 2. (22 de mayo de 2019) STP5218-103967. [MP José Francisco Acuña Vizcaya].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (10 de junio de 2019) AP2277-54690. [CP Diego Eugenio Corredor Beltrán].

### **Resolución de la Fiscalía General de la Nación**

Fiscalía General de la Nación. Resolución No. 01774 de 2016. Por medio de la cual adopta el Protocolo de Investigación de violencia sexual y se establecen medidas para su implementación y evaluación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resoluci%C3%B3n-01774-003.pdf>

