

IMPROCEDIBILIDAD PENAL DEL HECHO DENUNCIADO



DOCTOR
GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ

Natural de Miraflores, Boyacá. Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Ha sido Juez Municipal, Juez Penal de Circuito, Juez de Instrucción Criminal, Fiscal del Juzgado Superior de Distrito Judicial, Profesor universitario durante 8 años, de Derecho Probatorio y Procedimiento Penal, Contralor General de Boyacá.

Autor de las siguientes obras: Pruebas Criminales (3 tomos), El nuevo Procedimiento Penal, Código Fiscal de Boyacá, El Peculado, La Jurisdicción coactiva.

1. La innovación del Decreto-Ley 1358 de 1964. El artículo 2º del Decreto-Ley 1358 de 1964 (uno de los 18 de la llamada Reforma Judicial de aquel año), contiene una innovación que consagra por primera vez en nuestros estatutos legales lo que podemos llamar la "Improcedibilidad penal del hecho denunciado". Dice así el referido artículo:

"Artículo 2º El Juez o funcionario de instrucción se abstendrá de abrir investigación cuando aparezca que el hecho denunciado no ha existido, o cuando la ley no lo considere como infracción penal. Tal decisión se tomará por auto debidamente motivado, contra el cual pueden interponerse los recursos ordinarios por parte del denunciante o del querellante y del ministerio público".

Esta norma contiene una aclaración y un complemento importante y necesario de lo dispuesto por el C. de P. P., en sus artículos 283 y 284. Según el 283, el funcionario de instrucción correspondiente debe dictar auto cabeza de proceso e instruir sumario siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad pública o por cualquier otro medio, llegare a su noticia la perpetración de alguna infracción penal de las que deben investigarse de oficio. Por su parte, el Artículo 284 dice que el funcionario instructor **debe expedir auto cabeza de proceso** cuando se encuentre en los casos previstos en el artículo anterior o **cuando reciba denuncia**.

Según esto, el legislador da la orden al juzgador de abrir investigación dic-

tando el auto cabeza de proceso siempre que haya denuncia, sin hacer excepciones. Ahora, el artículo 2º del Decreto-Ley 1358 de 1964 se refiere al caso en que haya habido un **hecho denunciado** (una denuncia), pero en donde este no sea idóneo para ejercitar la acción penal, vale decir, que no dé mérito para la procedibilidad, ordenándole abstenerse de abrir investigación.

2. Criterio anterior de la Corte. Por dicho motivo, esta última norma resulta ser una aclaración y un complemento necesarios, como está dicho, que ya la jurisprudencia colombiana había formulado en los siguientes términos, anticipándose a lo que hoy constituye la norma positiva que comentamos:

"Estima la Sala que cuando antes de dictar auto cabeza de proceso vea el funcionario instructor con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la Ley no lo considere infracción penal, o que la acción no deba iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querrela, debe rechazarse la acción penal por medio de un auto que exponga las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación ante el superior" (1).

3. Requisitos para la improcedibilidad. Estimamos que para que sea pro-

cedente la aplicación del artículo 2º comentado, es necesario, al tenor del mismo, que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que se haya formulado denuncia o querrela, con su correspondiente ratificación;

b) Que del hecho denunciado "aparezca" que se da alguna de estas causales: 1) que tal hecho no ha existido; o 2) que la ley no lo considere como infracción penal.

c) Que el juzgador tenga conocimiento de esa causal en el grado de "certeza".

4. Causales para la abstención. El tratadista colombiano B. Gaitán Mahecha distingue los **presupuestos procesales** (juez competente, ministerio público, acusado y defensor) de la **procedibilidad**, entendida ésta como "el conjunto de circunstancias que hacen posible el ejercicio de la acción penal por parte de los tribunales penales" (2), y de las **condiciones de la acción** (querrela -cuando sea el caso- y presunta o real existencia de un hecho delictuoso).

Estas últimas son fenómenos primarios para incoar el proceso; los presupuestos procesales "son de tal naturaleza, que la ausencia de ellos impide absolutamente su juridicidad" (3); y la procedibilidad está integrada por requisitos que establecen un límite o condición para proceder, para mover el proceso.

El mismo autor señala dos grupos de requisitos o fenómenos de improcedibilidad: absolutos, que producen la cesación del proceso, y relativos,

que señalan nuevas condiciones para que una vez satisfechas pueda ejercerse la acción. Son absolutos: a) la inexistencia del hecho denunciado; b) la ausencia de imputación; c) el desistimiento; d) la caducidad; e) la muerte del procesado; f) la oblación; g) la retractación; h) el contrato matrimonial; i) la amnistía; j) la prescripción; y k) la cosa juzgada. Son fenómenos relativos: a) la prejudicialidad; b) la ilegitimidad de personería en la persona del querellante; y c) la ausencia de querrela, cuando ella se exige para proceder.

Ante esta interesante distinción, cabe decir que el decreto ley 1358 de 1964, señala como causales de abstención para proceder, dos fenómenos absolutos de improcedibilidad: que el hecho denunciado no haya existido, o que no haya imputación (entendida como ausencia de calificación legal punitiva del hecho denunciado). En cambio, en la jurisprudencia de la Corte, antes transcrita, se considera que son causales para la misma abstención, las dos anteriores y, además, un fenómeno relativo de improcedibilidad (la ausencia de querrela, cuando sea necesaria), y la misma ausencia de imputación entendida ahora con referencia al caso en que el procesado no ha cometido el hecho que se le acrimina.

5. — **El artículo 153, el sobreseimiento y la improcedibilidad.** Las causales de abstención previstas en el artículo 2º del Decreto Ley 1358 coinciden exactamente con algunas de las contempladas para sobreseer definitiva-

mente, las señaladas en el C. de P.P., artículo 437, ord. lo.: el hecho denunciado no ha existido, o no es constitutivo de delito (causales absolutas de improcedibilidad).

Por su parte, las causales para dictar la sentencia de que trata el artículo 153 del C. de P. P. son igualmente circunstancias absolutas de improcedibilidad: inexistencia del hecho, ausencia de imputación (en sus dos modalidades: al sindicado no le es imputable el hecho, por no haberlo cometido, y ausencia de calificación legal punitiva del hecho acriminado), imposibilidad para iniciar la acción (por estar prescrita, o por haber hecho tránsito de cosa juzgada, o por desistimiento, o por la muerte del procesado, o por amnistía) y la causal muy general —que abarca las anteriores y se extiende hasta la demostración de inocencia dentro del proceso— consistente en que la acción no puede proseguirse.

De suerte que las causales previstas en el Decreto-Ley 1358 como las del sobreseimiento definitivo, antes mencionadas, como también las indicadas en el artículo 153 del C. de P. P., son **circunstancias absolutas de improcedibilidad.**

Sin embargo, las causales contempladas en el Decreto-Ley 1358, constituyen apenas una parte de todas las absolutas de improcedibilidad, catalogadas así por la doctrina, y una parte apenas de las enumeradas en el artículo 153 del C. de P. P., que igualmente son causales absolutas para procesar. Siendo así que todas co-

responden a la misma categoría y obedecen a los mismos fundamentos procesales, el ejecutivo-legislador ha debido incluir en el Decreto-Ley 1358, las demás que le son propias.

Se trata de una omisión que revela la falta de técnica jurídica, y que debe ser resuelta estando al tenor de la interpretación jurisprudencial que ya había dado la Corte Suprema de Justicia y que antes hemos transcrito.

6. — **Evaluación de la causal.** Dijimos que el requisito para aplicar el artículo 2º comentado es también el que el juzgador tenga conocimiento de la causal en el grado de certeza. Esto significa que el instructor debe hacer una calificación de las circunstancias denunciadas, y llegar a una convicción.

Del examen que haga de las circunstancias denunciadas, las causales deben "aparecer" —como dice el artículo— en la conciencia del instructor. Ellas deben ser fruto de la denuncia misma, del raciocinio del funcionario, de su conocimiento personal y directo, de las reglas de experiencia, y de su propia experiencia, tomados estos factores en conjunto. Se trata, pues, de una apreciación muy subjetiva, aunque puede estar basada en observaciones objetivas.

Este "aparecimiento" no es sinónimo de demostración, ni la ley positiva la exige, en los grados tarifarios y con los ritos procesales probatorios. Simplemente el juzgador se abstendrá de dictar auto cabeza de proceso cuando de la evaluación intelectual, mental o reflexiva, de las circunstancias denun-

ciadas, concluya que se ha dado alguna de esas causales.

Es esta una evaluación similar en su procedimiento a la que se sigue cuando hay que dictar auto cabeza de proceso, aunque, si bien esta es muy provisional, la requerida para aplicar el artículo 2º es de fondo y definitiva, ya que se trata de la calificación de una causal de improcedibilidad.

Por otra parte, para la calificación que preceda y motiva el auto cabeza de proceso —la del artículo 284 del C. de P. P.—, basta un grado de conocimiento equivalente a la **duda**, esto es, a una presencia más o menos igualitaria de circunstancias de cargo como de descargo, aunque el conocimiento puede darse en el grado superior de **probabilidad**, consistente en una mayoría de elementos positivos sobre los negativos, según distinción que hace la teoría del conocimiento. En cambio, para abstenerse de dictar el auto cabeza de proceso se requiere tener, por parte del instructor, la **certeza** sobre la ocurrencia de la causal, es decir, que del examen de los elementos resulte una totalidad eficaz de los que tengan carácter negativo, o de descargo, que eliminen toda posibilidad de que subsistan cargos válidos o hechos positivos de culpabilidad y de procedibilidad.

Desde el punto de vista del conocimiento, el grado requerido para dictar el auto a que se refiere el artículo 2º es equivalente al que se exige para dictar sentencia condenatoria, aunque los elementos tengan dirección contraria: mientras que para dictar sentencia

condenatoria se exige **certeza sobre un delito** y una **autoría** —sobre la cual se construye el juicio de derecho de la responsabilidad—, para abstenerse de dictar auto cabeza de proceso se requiere **certeza sobre una inocencia**, o sobre una improcedibilidad.

Hemos dicho que se trata de procesos mentales o reflexivos del instructor. En relación con el auto de apertura del sumario, y refiriéndose a la persona que debe hacer conciencia de este proceso, la Corte ha dicho:

“Para que la investigación se abra por el Juez, preciso es que en la mente de este, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse” (4). Iguales palabras, aunque con carácter negativo, pueden decirse en relación con el auto autorizado por el Decreto-Ley 1358 de 1964, en su artículo 2º: para que la investigación no se abra por el juez, preciso es que en la mente de este, no en la del denunciante, el hecho no sea infracción penal, o que la ley no lo considere como tal, o que la acción no pueda iniciarse.

7. — **Funcionario autorizado.** ¿Cuál es el funcionario autorizado para dictar el auto a que se refiere el citado artículo 2º? El Decreto-Ley 1358 dice que “el juez o funcionario instructor”, con lo cual debemos entender que todo funcionario que instruya un negocio, sea o no juez del conocimiento.

Sin embargo, desde antes de la reforma judicial, no ha sido ese el criterio de la jurisprudencia. Así se desprende de la siguiente, expuesta por el Tribunal de Bogotá: “El rechazo de una de-

nuncia solo puede hacerlo el juez del conocimiento, nunca el funcionario de instrucción criminal” (5).

A nuestro juicio esta última es la interpretación correcta, pues, de lo contrario se estaría haciendo burla a la competencia, sustrayendo de ella negocios que la ley ha colocado bajo su concreto cuidado, ya que la competencia es improrrogable, de restrictiva interpretación. Atribuirle esta facultad al instructor que no es juez del conocimiento, es antijurídico. Así como solo el funcionario competente puede dictar sentencia condenatoria, o sobreseer, o decretar el cese de procedimiento en atención a causales absolutas de improcedibilidad, así también ese mismo funcionario debe ser el único autorizado para aplicar el artículo 2º en cuestión, en donde también se trata de declarar, con carácter definitivo, que se está en presencia de alguna de las circunstancias absolutas de improcedibilidad que hacen que la acción penal no pueda iniciarse.

8. — **Antecedentes históricos.** En la legislación positiva colombiana no existe antecedente de una norma como la consagrada en el artículo 2º del Decreto-Ley 1358 de 1964. Pero no es ese el caso de las legislaciones foráneas, en las cuales sí se encuentran. Tal sucede con el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, firmado por Mussolini y Rocco, y en buena parte obra de V. Manzini, en cuyo artículo 74, inc. 3º, se consagró una disposición similar — llamada por Manzini “decreto de no haber lugar a proceder”— en los siguientes términos:

"Cuando el Ministerio Público considere que no se debe proceder por la manifiesta falta de fundamento del informe, del parte, de la denuncia, de la querrela o de la instancia, y no ha hecho todavía requerimiento para la instrucción formal o para el decreto de citación a juicio, ordena la transmisión de los autos al archivo".

9. — **Abstención y cosa juzgada.** Interesa saber, también, si la providencia de no proceder hace tránsito de **cosa juzgada**. Como es sabido, esta se predica de las sentencias, y en verdad que la providencia de nuestro estudio

persigue también efectos definitivos. Pero la **cosa juzgada** sigue siendo muy debatida en el campo penal, como que la existencia y autorización legal del recurso de revisión en cierta forma la desmiente, fuera de que este auto no es sentencia. Habrá que decir, entonces, que de la misma manera como ocurre con las sentencias, cuando se dan nuevos elementos que demuestren lo fundado de la inculpación, tendrá cabida una nueva denuncia o querrela relacionada con los mismos hechos y contra la misma persona. Ese es el criterio de Manzini, con el cual concordamos.

