

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

MARÍA ELENA TORRES HERNÁNDEZ

INTRODUCCIÓN

En Colombia la Fiscalía General de Nación es la depositaria de la acción penal, tal como está plenamente instituido en el artículo 250 de la Constitución Política, esto por cuanto con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, Colombia adopto un sistema penal con tendencia acusatoria, en el cual la Fiscalía es la encargada de investigar y acusar.

Dentro del ejercicio de la titularidad de la acción penal, a la Fiscalía le es dada la posibilidad de solicitar la preclusión de la acción penal tal como está instituida en los artículos 331, 332, y 333 del Código de Procedimiento Penal, pues no podrá presentar la imputación o la acusación si no cuenta con elementos probatorios suficientes con los que se puede inferir razonablemente la responsabilidad del imputado en los hechos materia de investigación, o con los que pueda soportar la acusación. Igualmente, la Defensa y el Ministerio Público pueden solicitar la preclusión.

En la práctica judicial, es una figura utilizada con considerable frecuencia, y ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de las Altas Cortes.

En el presente artículo se muestra una breve reseña de la figura de la preclusión, tomando como base la actualización realizada en el Diplomado, y se pretende resolver entre otros los interrogantes de ¿quién está legitimado para solicitar la preclusión y en que estadio procesal?, ¿quien puede recurrir la decisión que resuelve la preclusión?, igualmente se describirán brevemente las causales de preclusión, y su procedencia si se trata de una causal objetiva o subjetiva.

OBJETIVOS

Objetivo general

Realizar un resumen respecto de la reglamentación de la figura de la preclusión de la investigación en el sistema penal acusatorio.

Objetivos específicos

1. Desarrollar cada uno de los presupuestos que deben abordarse para la solicitud de preclusión de la investigación penal.
2. Establecer con claridad la oportunidad procesal en la cual se puede presentar la preclusión de la investigación penal y, la parte legitimada para presentarla.
3. Establecer cuando el Juez de Conocimiento resulta impedido para continuar con el conocimiento después de resolver negativamente la preclusión de la investigación.

SUMARIO: Título I. Definición de preclusión de la investigación penal. Título II. Legitimidad para presentar solicitud de preclusión. Título III. Etapas del proceso penal. Título IV. Causales de preclusión. Subtítulo IV.I. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. Subtítulo IV.II. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal. Subtítulo IV.III. Inexistencia del hecho investigado. Subtítulo IV.IV. Atipicidad del hecho investigado. Subtítulo IV.V. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. Subtítulo IV.VI. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Subtítulo IV.VII. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código. V. Efectos de la decisión y recursos. VI. Conclusiones

DESARROLLO

I. DEFINICIÓN DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

La preclusión de la investigación en el Sistema Penal Acusatorio es una institución establecida en el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, y se concibe como la figura por medio de la cual se pone fin a la actuación penal sin la culminación de todas las etapas procesales, bien, porque no se tienen elementos materiales probatorios para sostener la imputación o la acusación, o bien, porque sobreviene alguna situación que impide objetivamente seguir con la acusación.

Es claro que la falta de elementos materiales probatorios conlleva a la solicitud de preclusión o el archivo de la causa. “En otras palabras, y desde el punto de vista de la acusación, habrá mérito para formular pliego de cargos (acusación), conforme al numeral 5 del artículo 250 de la Constitución Política, cuando se estimen cumplidos dos requisitos, esto es, la razonabilidad y la suficiencia de la prueba.” (Bernal y Montealegre, 2013, p.733).

Nuestro ordenamiento jurídico establece, además, que la preclusión debe presentarse ante el Juez de conocimiento y tiene efectos de cosa juzgada, artículo 334 del C.P.P.

Así las cosas, se tiene que la preclusión debe entenderse como una forma anormal de terminación del proceso, que, a diferencia del archivo de la investigación como otra forma anticipada de terminación del proceso, ésta termina incondicionalmente la acción penal. Se presenta, al probarse una de las causales de preclusión establecidas en el artículo 332 del C.P.P., preservando siempre el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción.

II. LEGITIMIDAD PARA PRESENTAR SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El artículo 331 y el parágrafo del artículo 332 del C.P.P establecen la legitimidad para presentar y sustentar la preclusión de la investigación, así, se tiene entonces, que en la etapa de investigación le es dado a la Fiscalía solicitar la preclusión por cualquiera de las siete causales de preclusión establecidas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, y en la etapa de juzgamiento puede ser presentada esta solicitud tanto por la Fiscalía como por la Defensa y el Ministerio Público pero únicamente por las causales uno y tres.

Es importante señalar que la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 declaró inexecutable la expresión “a partir de la formulación de imputación” establecida en el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido que la Fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación incluso desde la etapa de indagación. En sentencia C 591 (2005), indicó:

“Ahora bien considera la Corte que, en lo concerniente a la preclusión de la investigación, en los términos del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, acusa el mismo problema constitucional advertido, en cuanto esta norma prevé la intervención del juez de conocimiento para su adopción sólo a partir de la imputación, existiendo la posibilidad de que aún en la etapa

previa esta determinación sea tomada por el fiscal respectivo. Así las cosas para guardar plena armonía con las decisiones adoptadas respecto de la extinción de la acción, considera necesario un pronunciamiento – de inexequibilidad parcial – en relación con el artículo 331 mencionado.” (p.50).

III. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Establecida claramente la legitimidad para solicitar la preclusión, es importante señalar que la misma está íntimamente relacionada con la etapa procesal en la cual se puede presentar la solicitud de preclusión por cada uno de los sujetos procesales.

Respecto de las etapas del proceso penal acusatorio, la Corte Constitucional en sentencia C- 920 (2007), señaló:

“En este orden de ideas, conviene destacar que el esquema configurado por la Ley 906 de 2004 propone fundamentalmente dos etapas o fases procesales principales, unidas por una etapa que podría denominarse como intermedia o de transición.

La primera etapa, denominada de indagación e investigación cuyo objetivo básico es la preparación del juicio, supone el conocimiento por parte de los sujetos e intervinientes, de la existencia del proceso, quienes despliegan una actividad de recaudo de la evidencia y de los elementos materiales probatorios que pretenden llevar al juicio para respaldar sus posiciones procesales.

La etapa intermedia, se caracteriza por que una vez que las partes y los intervinientes se encuentran preparados, se presentan ante el juez con el propósito de buscar una aproximación al objeto del debate y una definición del marco en el que habrá de desenvolverse el juicio oral. Proceden al descubrimiento de los elementos de convicción recaudados en la investigación, a la definición de la aptitud legal y la pertinencia de los mismos para ser llevados a juicio, y a establecer acuerdos acerca de tópicos comúnmente aceptados y que por lo tanto no serán objeto del debate, a la vez que constituye un espacio para eventuales negociaciones entre fiscal y acusado.

La tercera fase corresponde al juicio oral, público, concentrado y con inmediación de la prueba, que gira sobre tres ejes fundamentales: la presentación de la teoría del caso por las partes, la práctica de las pruebas previamente decretadas por el juez, y la exposición de los alegatos por las partes e intervinientes. Concluido el debate se anunciará el sentido del fallo. En esta fase, como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación adquieren su mayor énfasis los rasgos adversariales del sistema.

De acuerdo con la estructura y las denominaciones utilizadas por el legislador, tanto la etapa intermedia como la del juicio oral, propiamente dicho, conforman la fase de juzgamiento, en tanto que una y otra se encuentran precedidas de una acusación formalmente presentada por la Fiscalía.

De tal manera que cuando el parágrafo del artículo 332 acusado establece que “*Durante el juzgamiento*” de sobrevenir las causales 1ª y 3ª, podrá solicitarse la preclusión, hace referencia a la fase procesal posterior a la presentación de la acusación, que corresponde a la fase de “El juicio” conforme al Libro Tercero del código procesal y que aglutina los momentos de presentación del escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral.” (p. 23).

En el mismo sentido en la sentencia C-118 (2008), la Corte Constitucional reitero las etapas en el proceso penal señalando:

“La primera, la fase de investigación corresponde a la Fiscalía General de la Nación y su objetivo es establecer, con un mínimo grado de certeza, si el hecho investigado realmente ocurrió, si se encuentra tipificado en la ley penal, y quiénes son los autores o partícipes del mismo. Para el efecto, el ente investigador recauda los elementos materiales probatorios y la evidencia física que le permitirán, primero, imputar cargos a una persona a la que se pueda “*inferir razonablemente que es autor o partícipe del delito que se investiga*” (artículo 287 de la Ley 906 de 2004) y, posteriormente, acusar con “*probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*” (artículo 336 de la Ley 906 de 2004), para que, de este modo, desvirtúe la presunción de inocencia de quien se considera responsable del delito. En otras palabras,

esta etapa se adelanta también en dos fases: la primera: la de indagación previa a la formulación de la imputación y, la segunda, una preparatoria al juicio. El control sobre la validez de las actuaciones que adelanta la Fiscalía para averiguar la verdad de lo sucedido y de la defensa para prepararse para ejercer el derecho de contradicción, corresponde al juez de control de garantías. Como la indagación fundamentalmente está reservada a la Fiscalía General de la Nación, por regla general, lo conocido por el ente investigador no es de público conocimiento y, en la mayoría de casos y principalmente antes de la imputación, tampoco por el investigado.

La segunda etapa del proceso penal es la fase del juzgamiento, la cual se adelanta ante el juez de conocimiento, quien es el director del juicio. En esta oportunidad, los elementos materiales probatorios y la evidencia física recaudada y sujeta a la contradicción de los sujetos procesales se convierte en prueba para servir de fundamento a la decisión que resuelve la responsabilidad penal del acusado que debe adoptar el juez competente. Esta etapa se caracteriza por la controversia activa entre los intereses contrapuestos que representan el fiscal acusador, la defensa, la víctima y el Ministerio Público. Es el momento procesal en que las partes intervienen en forma oral y pública para convencer al juez de que sus argumentos coinciden con la verdad procesal y material, por lo que se evidencia el fortalecimiento de los derechos de contradicción, a la defensa y de acceso a la justicia de los intervinientes.” (p. 20).

De acuerdo con la jurisprudencia se tiene que la etapa de indagación se presenta cuando se abre la noticia criminal y hasta antes de formular la imputación; la etapa de investigación se presenta desde la formulación de imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación; la etapa de juicio se presente desde la presentación del escrito de acusación hasta la anunciación del sentido del fallo, etapa de juicio que abarca los momentos de presentación de escrito de acusación, formulación de acusación, audiencia preparatoria, juicio público oral o debate probatorio, alegatos conclusivos y anuncio de sentido de fallo.

Así las cosas y atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, se establecen dos momentos procesales en los cuales se puede presentar solicitud de preclusión, esto es en la etapa de indagación e investigación en la cual la única llamada a presentar dicha

solicitud es la Fiscalía General de la Nación, pues siendo la dueña de la acción penal, debe establecer de acuerdo a lo ordenado en el artículo 250 de la Constitución Política, si tiene suficientes elementos materiales probatorios que indiquen la comisión de un delito.

Una vez presentado el escrito de acusación, dando de esta manera inicio a la etapa de juzgamiento, le es dado tanto a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa solicitar la preclusión de la investigación, pero únicamente por las causales 1 y 3.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, no se presenta vulneración al derecho de defensa e igualdad de armas al permitir exclusivamente a la Fiscalía en la etapa de investigación la solicitud de la preclusión, por cuanto de acuerdo al sistema penal acusatorio debe prevalecer el principio acusatorio de la Fiscalía. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-920 (2007), lo siguiente:

“Advierte la Sala que la limitación de las posibilidades de preclusión en la fase del juicio, responde a la estructura y filosofía del nuevo modelo procesal, caracterizado por los principios de contradicción e inmediación de la prueba en cuya virtud la definición, durante el juzgamiento, de aspectos sustanciales, con impacto sobre un pronunciamiento de ausencia o declaración de responsabilidad penal del acusado debe fundarse en la prueba practicada durante el juicio oral, contradictorio y público.” (p. 27)

Permitir a la defensa solicitar la preclusión de la investigación por cualquiera de las siete causales sería trasladar o anticipar el debate probatorio a una etapa que no corresponde a la del juicio público y oral, no se presenta vulneración de derechos en contra de la defensa pues de advertir la inocencia del procesado por cualquiera de las causales de preclusión, tal postura puede ser debatida en desarrollo del juicio.

El permitir a la defensa la solicitud de la preclusión solo por las causales uno y tres, se sustenta por cuanto en ellas no se discute la responsabilidad del procesado, permitir tal discusión por fuera del juicio, como se presentaría al permitir a la defensa solicitar la preclusión por las causales subjetivas de preclusión, conllevaría a que se deba permitir en igualdad de armas a la Fiscalía, presentar elementos materiales probatorios en contrario, entendiéndose que la Fiscalía defendería la imputación, promoviéndose así un debate probatorio de responsabilidad. Situación

que no se presenta cuando es la Fiscalía la que presenta la solicitud de preclusión por alguna de las causales subjetivas, pues resulta apenas obvio que al favorecer tal solicitud los intereses del indagado o imputado, la defensa no se opondría a la misma.

IV. CAUSALES DE PRECLUSIÓN

Las causales de preclusión se encuentran establecidas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. Enlistadas como siete causales de preclusión, se han definido como objetivas las establecidas en los numerales 1 y 3, y subjetivas las establecidas en los numerales 2, 4, 5, 6, y 7.

IV.I Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal

El artículo 332 del Código de Procedimiento Penal establece la causal primera de preclusión como la “Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”. Causal netamente objetiva que se enmarca en el cumplimiento de alguna de las causales de extinción de la acción penal establecidas en el artículo 82 del Código Penal (muerte del procesado, desistimiento, amnistía propia, oblación, pago e indemnización integral de perjuicios en los casos previstos en la ley, retractación en los casos previstos en la ley, y las demás consagradas en la Ley) o las causales de extinción de la acción penal establecidas en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal (muerte, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad o desistimiento de la querella). Dicha causal puede ser presentada en las etapas de indagación o investigación por la Fiscalía, y por el ente acusador, la Defensa o el Ministerio Público en la etapa de juzgamiento. Es decir, es una causal que puede ser presentada en cualquier etapa de la actuación.

Es de señalar que de advertirse por parte del Juez de conocimiento el cumplimiento de la causal de preclusión del numeral primero, por advertir alguna causal de extinción de la acción penal, como la prescripción, puede ser decretada de oficio.

IV.II Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal

La causal establecida en el numeral segundo está concebida como una causal subjetiva, mediante la cual se podrán discutir y probar por parte de la Fiscalía el cumplimiento de una de las causales de ausencia de responsabilidad establecidas en el artículo 32 del Código Penal, por cuanto como lo establece el señalado artículo no habría responsabilidad penal del indiciado o investigado.

IV.III Inexistencia del hecho investigado

Establecida como una causal objetiva de preclusión al igual que la primera. Respecto del cumplimiento de esta causal la Corte Constitucional en sentencia C-920 (2007), señaló:

“De otra parte, durante la fase de juzgamiento, tal como lo prevé el parágrafo acusado, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión durante el juzgamiento. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado.

La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad.

En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado.” (p. 20).

Como lo señala la Corte, esta causal objetiva va dirigida a probar que el delito no se cometió, ya que el acontecer factico no existió, por lo que no se constituyó ningún delito.

IV.IV Atipicidad del hecho investigado

Esta causal cuarta de preclusión de amplio desarrollo jurisprudencial, obliga al análisis de la tipicidad de la conducta bajo los lineamientos de la escuela finalista, que enseñan el estudio no solo la tipicidad objetiva que no es otra que la conducta se enmarque en determinado tipo penal, sino además la tipicidad subjetiva que obliga a estudiar si la conducta se realizó con dolo, culpa o preterintencional, incluso llegándose a tocar en algunas oportunidades la no trasgresión del bien jurídicamente tutelado.

En la práctica judicial y a manera de ejemplo en desarrollo de esta causal de preclusión, es de señalar los pronunciamientos hechos por Corte Suprema de Justicia en el análisis del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes cuando se está ante un consumidor. Estableció en principio la Corte, que ante tal situación se estaba frente a una conducta típica pero no antijurídica, por lo que dicha conducta debía ser abordada bajo el ámbito de la antijuridicidad como quiera que el comportamiento de un consumidor no traspasaba la esfera de vulneración del bien jurídicamente tutelado de la salud pública. Bajo este análisis al no establecerse la antijuridicidad como causal de preclusión, los procesos adelantados con personas consumidoras de estupefacientes debían ser llevadas a juicio para probar la falta de antijuridicidad de la conducta. En sentencia 42.617 (2.014), la Corte Suprema de Justicia señaló:

“Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.” (p. 37).

Sin embargo, en más recientes pronunciamientos, ha establecido la Corte que esa misma conducta frente a un consumidor puede resultar atípica, al respecto en sentencia 41.760 (2.016) estableció:

“Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, *mutatis mutandi* cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.” (p. 30).

Así las cosas, y bajo este análisis jurisprudencial realizado por la Corte, se ha permitido actualmente que la Fiscalía presente y argumente la preclusión de la acción penal frente a consumidores de sustancias estupefacientes, bajo la causal cuarta de preclusión, esto es la atipicidad del hecho investigado.

Es importante advertir que al sustentarse la preclusión por la atipicidad del hecho investigado, dicha atipicidad debe ser absoluta, así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31.763 (2009), al indicar:

“La causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 del 2004, se refiere a la “atipicidad del hecho investigado”, contexto dentro del cual resulta incontestable que la atipicidad pregonada debe ser **absoluta**, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la **relativa**, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una *atipicidad relativa*, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido.” (p. 33)

IV.V Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado

Esta causal subjetiva de preclusión exige la absoluta ajenidad del indiciado o investigado en la conducta que se investiga. En sentencia 48.271 (2019), la Corte Suprema de Justicia señaló:

“En torno al numeral 5º, «ausencia de intervención del imputado en el hecho» la Sala de Casación Penal afirmó en CSJ SP 22 feb. 2012, rad. 37185:

Esta causal se configura cuando, conforme a la evidencia física o elementos probatorios aportados al expediente, se obtiene certeza sobre la total ausencia de compromiso del indiciado en el hecho materia de investigación porque no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, determinador o cómplice en la conducta punible, vale decir, es totalmente ajeno a ella.

En conclusión, mientras que en la causal 4ª el indiciado ha ejecutado una conducta y esta no es punible por faltar alguno de los elementos de la descripción típica; en la 5ª, alguien ha cometido un delito, pero el investigado no tuvo parte en el mismo, es decir, no hay acción u omisión que le sea atribuible.” (p. 11)

IV.VI Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia

Causal de preclusión que atiende los principios del in dubio pro reo y de presunción de inocencia, exigiendo a la Fiscalía demostrar que a pesar de haber realizado una ardua investigación le es imposible atribuir responsabilidad penal al indiciado. En sentencia 50.082 (2019) la Corte indicó:

“Cuando se trata de la causal 6ª -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal. Significa lo anterior que, en etapa de indagación, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar.

Si, evaluada la indagación, no se logra el grado demostrativo forzoso para que la Fiscalía acceda al siguiente estadio procesal, procederá la preclusión por el 6º motivo, dado que es constitucionalmente inadmisibles mantener a una persona vinculada a una actuación penal que no tenga forma de resolverse para imputar o para precluir por una causal diversa a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.” (p. 12).

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia reitero tal postura en la sentencia 55.834 (2020), en los siguientes términos:

“4.3 El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 003 de 2002, prevé que la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un

delito. Sin embargo, el mismo artículo superior en su numeral 5, faculta a dicho órgano para solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando, según lo dispuesto en la ley, no hubiese mérito para acusar. Esa misma facultad aparece reiterada en el artículo 331 del C.P.P. y, según lo dispuesto en la sentencia C-591/2005, puede ejercitarse en cualquier momento, es decir, aun con anterioridad a la formulación de la imputación.

4.4 Una de las causales de preclusión contempladas en el artículo 332 del C.P.P. es la «*Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia*» (num. 6), respecto de la cual, en el auto AP2431-2019, jun. 18, rad. 50082, se explicó:

..., el ente acusador probará que realizó una investigación profunda y, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos sobre la materialidad o la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Ahora bien, en materia de preclusión, hay que determinar si la investigación adelantada por la Fiscalía alcanzó el estándar probatorio exigido normativamente, conforme el principio de progresividad del proceso penal. Significa lo anterior que, en etapa de indagación, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia estará atada a que, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información lícitamente obtenida, se infiera razonablemente que el implicado es autor o partícipe del delito que se investiga, nivel de conocimiento imperioso para imputar [art. 287].” (p. 11)

IV.VII Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código

Si bien la causal séptima de preclusión no establece la discusión de responsabilidad del procesado, ésta se encuentra establecida como una causal subjetiva de preclusión. Frente a esta causal de preclusión la Corte Constitucional en sentencia C 920 (2007), señaló:

“Observa la Corte que las dos causales a que se refiere el precepto acusado tienen en común que no comportan un pronunciamiento sobre la responsabilidad del acusado. No obstante ése

mismo rasgo puede predicarse de la causal 7ª prevista en el artículo 332, que contempla como motivo de preclusión el *“Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código”*. Esta causal hace referencia al evento en que transcurrido el plazo (30 días) que tiene el fiscal para acusar, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad (Art. 175) y no lo hiciere, pierde competencia y el caso es reasignado a otro fiscal quien a su vez cuenta con otros 30 días para el mismo propósito. Si transcurrido ese segundo plazo el caso permanece sin definición, hay lugar a la libertad del imputado, y se configura la causal de preclusión a que alude el numeral 7º del artículo 332. Es evidente que aunque se trata de una causal que tampoco implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad del imputado, su ámbito propio y exclusivo es el de la investigación, por lo que no podría ser incluida por el legislador en el párrafo del artículo 332 que regula las causales admisibles en la fase de juzgamiento.” (p. 21).

V. EFECTOS DE LA DECISIÓN Y RECURSOS

Los efectos de la decisión que decreta la preclusión los establece claramente el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal Ley 906 (2004), En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesara con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se hayan impuesto.

Respecto de los recursos que proceden en contra de dicha decisión, sea lo primero señalar que aun cuando el artículo citado habla de una sentencia como la providencia que resuelve la solicitud de preclusión, lo cierto es que se trata de un auto interlocutorio, en contra del cual proceden los recursos de reposición y apelación o en subsidio el segundo del primero.

Definido lo anterior, frente a la interposición de los recursos se presentan dos escenarios que dependen de la etapa procesal en que se solicita la preclusión y quien está legitimado para presentar dicha solicitud. Así entonces se tiene que frente a las causales de preclusión uno y tres que pueden ser presentadas en la etapa de juicio por todos los sujetos procesales e intervinientes no existe mayor dificultad, pues todos pueden presentar los recursos que consideren frente al auto que resuelve la preclusión.

No así sucede en la etapa de investigación, en la cual solo la Fiscalía tiene la potestad de solicitar la preclusión de la investigación, y de aceptar el ente Fiscal la negativa frente a su solicitud, no podrán las demás partes oponerse a esa decisión impugnándola, esto por cuanto si el Fiscal acepta los argumentos del Juez de conocimiento, y siendo este el único llamado a presentar la preclusión en esta etapa procesal, se entiende que retira la solicitud, además, porque permitir que los demás sujetos procesales impugnen la decisión que negó la preclusión solicitada por la Fiscalía, abriría la posibilidad a que otra de las partes distinta al Fiscal sostenga una causal subjetiva de preclusión, potestad que la ley otorga solo al acusador. La Corte Suprema en sentencia 31.763 (2009), indicó:

“5. En el caso analizado, resuelta en forma negativa la petición de preclusión de la Fiscalía, ésta de maneara expresa y reiterada se limitó a recurrir en reposición, que sustentó en debida forma.

El único llamado a postular la preclusión se conformó con lo decidido por el juez y los argumentos expuestos al desatar su impugnación horizontal.

Así, en el orden de ideas que se trae, en relación con el tema de los recursos los demás intervinientes (indiciado, defensor y Ministerio Público) quedaban facultados, exclusivamente, para actuar en condición de no recurrentes respecto de la reposición propuesta.

Pero les estaba vedado postular un medio de gravamen diverso, apelación en este caso por parte de la defensa, en tanto que la única parte con potestad para reclamar la preclusión quedó conforme con lo decidido en primera instancia, esto es, no insistió en su petición, de tal forma que si el superior funcional, la Sala de Casación Penal, estudia la apelación, realmente estaría dando curso a una solicitud de preclusión elevada por la defensa, parte que por mandato legal se encuentra deslegitimada para ese tipo de peticiones.

6. El artículo 333 de la Ley 906 del 2004 acude en apoyo de la tesis que se menciona, respecto de que la participación de las partes diversas del Fiscal resulta accesorio, depende de la postura del ente acusador, esto es, que su intervención se limita a respaldar o a oponerse a la propuesta del Fiscal.

La norma, incluso, va más allá al restringir la intervención de las demás partes. En efecto, luego de establecer que la Fiscalía debe hacer exposición pública de su pedido con la indicación de los elementos de prueba que le sirven de fundamento, la disposición agrega:

“Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, **en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal**” (subraya la Sala).

El legislador, entonces, supeditó la participación de los intervinientes diversos de la Fiscalía, exclusivamente al supuesto de que quisieren oponerse al reclamo de preclusión; ni siquiera los habilitó para presentar razones de apoyo.

7. La anterior conclusión en modo alguno lesiona, como pudiera pensarse, el derecho a la defensa, en su vertiente de recurrir las decisiones judiciales. El deseo expreso del constituyente y del legislador apunta a que el titular de la acción penal sea la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de lo cual, como ya se vio, es competencia exclusiva suya pedir la preclusión. Por modo que la aplicación de la ley no puede resultar lesivo para las partes.

En esas condiciones, si los recursos contra la decisión judicial que resuelva ese asunto corren la misma suerte, ello no desnaturaliza derechos de los intervinientes y, por el contrario, es una solución que responde al sistema procesal implementado.” (p. 16-17)

Es importante señalar que, si bien la decisión que niega la solicitud de preclusión impide al juez para continuar con el conocimiento de la causa, tal como lo establecen el artículo 335, y el numeral 14 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, se ha discutido si tal impedimento se debe predicar solo frente a causales subjetivas de preclusión en cuyo caso se debe hacer una valoración de elementos materiales probatorios que a la postre contaminaría el conocimiento del Juez; o tal impedimento se debe solo predicar frente a pronunciamientos en los cuales no se haya realizado ninguna valoración probatoria que contamine el conocimiento del Juez.

Es importante señalar que la negativa de la preclusión en la etapa de investigación no obliga a la Fiscalía a acusar, pues ésta puede recaudar más elementos materiales probatorios para fortalecer su solicitud o corregir sus argumentos.

Cabe mencionar que, si bien el auto que resuelve la preclusión puede asimilarse a una sentencia absolutoria, en materia de impugnación se diferencia por cuanto frente a la sentencia procese el recurso de apelación y la casación.

VI CONCLUSIONES

- La preclusión es una de las formas de terminación anticipada del proceso terminando definitivamente el proceso penal, con efectos de cosa juzgada material, y se cumple con la plena comprobación de alguna de las causales de preclusión.

- Las etapas del proceso penal son dos: la investigación que comprende la indagación y la investigación; y la etapa de juzgamiento que inicia con la presentación del escrito de acusación y comprende las audiencias de acusación, preparatoria y juicio.

- No existe en el ordenamiento procesal penal taxativamente la antijuridicidad como causal de preclusión.

- Por ser las causales uno y tres netamente objetivas y que extinguen la acción penal, pueden presentarse incluso después del juicio.

- La Fiscalía como dueña de la acción penal es la llamada a establecer antes de la acusación si se presenta alguna de las causales de preclusión de la investigación, teniendo la facultad exclusiva de solicitar las causales de carácter subjetivo que discuten la responsabilidad penal del investigado.

- . Cuando sobrevine una causal subjetiva de preclusión en la etapa de juicio, se podrá retirar el escrito de acusación y sustentar dicha solicitud, y de haberse formulado la acusación se deberá adelantar el juicio y se podrá solicitar si fuere el caso la absolución perentoria.

- . El juez solo excepcionalmente puede decretar la preclusión por causal distinta a la solicitada por la Fiscalía, esto por estar ante un sistema de partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bernal, J., Montealegre, E. (2013). *El proceso penal I Fundamentos constitucionales y teoría general*. Universidad Externado de Colombia.

Bernal, J., Montealegre, E. (2013). *El proceso penal II Estructura y garantías procesales*. Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política. (1991, 20 de julio). Gaceta Constitucional No. 116.
<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Ley 906 de 2004. (2004, 31 de agosto). Congreso de la República. Diario Oficial No. 45.658. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>

Ley 599 de 2000. (2000, 24 de julio). Diario Oficial No. 44.097
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Sentencia No. C – 591/2005. (2005, 9 de junio). Corte Constitucional (Clara Inés Vargas Hernández, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/C-591-05.htm>

Sentencia No. C – 920/2007. (2007, 7 de noviembre). Corte Constitucional (Jaime Córdoba Triviño, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2007/C-920-07.htm>

Sentencia No. C – 118/2008. (2008, 13 de febrero). Corte Constitucional (Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2008/C-118-08.htm>

Sentencia No. 42.617/2014. (2014, 12 de noviembre). Corte Suprema de Justicia (Gustavo Enrique Malo Fernández, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia No. 41.760/2016. (2016, 9 de marzo). Corte Suprema de Justicia (Eugenio Fernández Carlier, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtm>

Sentencia No. 31.763/2009. (2009, 1 de julio). Corte Suprema de Justicia (Augusto J. Ibáñez Guzmán, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtm>

Sentencia No. 48.271/2019. (2019, 23 de enero). Corte Suprema de Justicia (Eyder Patiño Cabrera, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia No. 50.082/2019. (2019, 18 de junio). Corte Suprema de Justicia (Eyder Patiño Cabrera, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia No. 55.834/2020. (2020, 4 de marzo). Corte Suprema de Justicia (Patricia Salazar Cuéllar, M.P).

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

BIBLIOGRAFIA

Velásquez, F., (2014). *Manual de derecho penal parte general*. Crear Graficas Ltda.