

La preclusión a partir del principio de igualdad de armas*

The preclusion based on the principle of equality of arms

Andrés Felipe Acosta Bohórquez**

Citar este artículo como: Acosta, A. (2018). La preclusión a partir del principio de igualdad de armas. *Revista Verba Iuris*, 13(39), pp. 123-137

Resumen

Este artículo aborda el problema de la confrontación entre la actual configuración de la legitimación para solicitar la Preclusión en el proceso penal colombiano y el principio de Igualdad de Armas; para solucionarlo, se plantea como objetivo analizar cada una de estas instituciones jurídico procesales desde una mirada descriptiva ubicándolas dentro de la estructura del proceso penal, a partir de un método descriptivo y cualitativo, utilizando para esto aportes de dogmática y derecho comparado frente a otros ordenamientos procesales que se encuentren estructurados dentro de una vertiente acusatoria, lo que nos da una herramienta válida, para verificar la hipótesis de una colisión entre la estructura de la Preclusión y el principio de Igualdad de Armas como pilar de un sistema acusatorio adversarial, para concluir que se hace necesaria una modificación en pro de una mayor garantía para la defensa dentro del proceso penal Colombiano.

Palabras clave: Preclusión, principio de Igualdad de Armas, proceso penal y sistema acusatorio adversarial.

Abstract

This article addresses the problem of the confrontation between the current configuration of the legitimation to request the Preclusion in the Colombian Criminal Process and the Principle of Equality of Arms or Weapons. With the purpose to solve this problem, the objective is to analyze each one of these procedural legal institutions from a descriptive perspective, placing them within

Fecha de Recepción: 30 de agosto de 2017 • Fecha de Aprobación: 3 de noviembre de 2017

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación denominado: “La preclusión a partir del principio de igualdad de armas” en el marco del programa de la especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre – Bogotá, Colombia.

** Abogado litigante de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Correo Electrónico: andresf-acostab@unilibre.edu.co

Reception Date: August 30, 2017 • Approval Date: November 3, 2017

* This article is the product of the research project named “The preclusion based on the principle of equality of arms” within the framework of the Criminal Law and Criminology Specialization Program of Universidad Libre – Bogota, Colombia.

** Lawyer of Universidad Libre of Colombia, with specialization in Criminal Law and Criminology of Universidad Libre. Electronic mail: andresf-acostab@unilibre.edu.co

the structure of the criminal process, based on a descriptive and qualitative method, using contributions of dogmatic and comparative law with other legal systems. Such other procedural legal systems are structured within an accusatory aspect, which provides us with a valid tool, to verify the hypothesis of a collision between the structure of the Preclusion and the Principle of Equality of Arms as a pillar of an adversarial accusatory system, which allows us to conclude that a modification is necessary in favor of a greater guarantee for the defense within the Colombian Criminal Process.

Keywords: Preclusion, Principle of Equality of Arms, Criminal Procedure, Adversarial Accusatory System.

Introducción

Con el presente artículo, se busca poner de presente la colisión establecida por la configuración jurisprudencial realizada por la Corte Constitucional, a partir de la sentencia C-108 de 2008 en relación con la legitimación que las partes e intervinientes tienen para solicitar la Preclusión dentro del proceso penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004; configuración esta que se presenta como contraria a los principios inherentes a un sistema procesal de stirpe acusatoria y adversarial, en especial el principio de Igualdad de Armas; para lo anterior, se pondrá de manifiesto como con la actual configuración legislativa del proceso penal, la Preclusión muestra rasgos propios de una herramienta procesal para la defensa en la labor de contrarrestar las pretensiones punitivas estatales, en este punto se traerá a discusión algunos ejemplos de derecho comparado, en punto de los aportes que esta figura puede dar a un proceso de tendencia acusatoria.

En consecuencia, el presente trabajo busca determinar en qué medida la limitación determinada por la Corte Constitucional, en ratificación a lo establecido por el Código de Procedimiento Penal (arts. 331, 332 y 333), al establecer que la Fiscalía es el único sujeto procesal legitimado para solicitar la Preclusión de la investigación ante un Juez con función de conocimiento (con la salvedad expuesta en el parágrafo del artículo 332 del C.P.P.),

se contradice los postulados rectores de un proceso penal de tendencia acusatoria, en especial teniendo en cuenta la actual configuración *sui generis*, del proceso colombiano en varios aspectos procesales.

Por tanto, el planteamiento del problema que se quiere abordar en el presente estudio es el siguiente:

¿Cuál es la configuración y estructura actual de la institución jurídica procesal de la Preclusión frente a las facultades inherentes al rol de la defensa en virtud del Principio de Igualdad de Armas en el sistema penal acusatorio colombiano?

Como objetivo general se ha planteado analizar la configuración y estructura actual de la institución jurídica procesal de la Preclusión frente a las facultades inherentes al rol de la defensa en virtud del Principio de Igualdad de Armas en el sistema penal acusatorio colombiano

Con el fin de abordar el problema, se hace apropiado indicar en primera medida que, los procesos de tendencia acusatoria por su naturaleza tienen inmersos principios inherentes, entre los que se encuentra el de Igualdad de Armas, así lo ha afirmado la Corte Constitucional, cuando advirtió que:

“En el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión,

los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección". (Corte Constitucional, 2008)

Como se verá detalladamente dentro de este documento, el proceso colombiano se encuentra dividido en varias etapas, dentro de las cuales se les ha permitido a las partes, realizar diferentes actuaciones en pro de alcanzar sus fines, ya sea fiscalía o defensa podrán adelantar acciones mutuo propio o con autorización de un operador judicial (normalmente un Juez de Control de Garantías) desde las primeras instancias; actuaciones estas últimas que se vislumbran como inequitativas en posibilidades, favoreciendo al ente acusador.

Ahora bien, la Preclusión debe ser vista como un mecanismo que permita descongestionar nuestro muy atareado sistema, ya que con este se pueden evitar mayores desgastes a la administración de justicia que se ve forzada a llevar las causas criminales hasta su culminación, siendo esta la audiencia de Juicio Oral, lo cual es innecesario ya que, uno de los efectos de la declaratoria de la Preclusión, es la terminación del proceso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 334 (Ley 906 de 2004), haciendo que el proceso haga tránsito a cosa juzgada.

Por lo anterior, se abordarán como objetivos específicos dentro del presente artículo, i) delimitar de las fases y etapas del proceso penal acusatorio colombiano; ii) definir la figura procesal de la Preclusión, así como el principio de Igualdad de Armas; iii) reseñar la configuración actual de la Preclusión en el proceso de

Ley 906 de 2004 en punto de la legitimación para acudir a esta figura; para luego, iv) realizar un estudio comparado de los institutos procesales utilizados en diferentes ordenamientos jurídicos que cumplen la función de la Preclusión; con la realización de las anteriores metas propuestas, contaremos con las suficientes herramientas para poder dar respuesta al problema planteado.

A fin de desarrollar la investigación, se realizará un estudio cualitativo a partir de las referencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinales tanto a nivel nacional como en derecho comparado, haciendo énfasis en el manejo dado a la figura de la Preclusión o del instituto que en otras legislaciones tenga esta figura.

Para este fin se desarrollará una metodología analítica respecto de las fuentes jurisprudenciales y legales a las que se acudirán para la conceptualización de cada uno de los elementos de la Preclusión y así poder establecer sus elementos esenciales, por lo que se plasma un método de investigación de carácter descriptivo y a su vez dialectico en cuanto se acudirá a un contraste conceptual y sistémico del instituto bajo análisis tanto con el sistema procesal interno como con el comparado.

Resultados de la investigación

Estructura del proceso penal colombiano

El proceso penal establecido por la Ley 906 de 2004, se puede analizar como una concatenación de actuaciones procesales que, conforme a lo propio de los procesos acusatorios, encuentra un punto limítrofe en la acusación, momento a partir del cual podemos identificar dos etapas las cuales son: la etapa de Investigación y la etapa de Juzgamiento; teniendo las partes unas atribuciones legales determinadas en cada una

de estas etapas, por lo que pasaremos a explicarlas brevemente.

Investigación

Esta etapa conocida en varios ordenamientos con algunas variaciones como de Instrucción, es tal vez la mayor diferencia que encontremos en estructura con el resto de las jurisdicciones en cuanto a la forma de su procedimiento, en efecto Moreno y Arnaiz (2013) indican:

“El proceso penal presenta una original estructura que evidencia una clara diferencia respecto de los procesos civil, laboral o contencioso-administrativo. Así, si bien encontramos lógicamente con alegaciones, pruebas y una sentencia como forma habitual y definitiva de terminación, resulta que, con carácter previo al enjuiciamiento en sentido estricto, se llevan a cabo una serie de actuaciones preparatorias que encuadramos en la llamada fase de instrucción”. (p. 26)

A su vez, podemos dividir esta etapa en dos fases, la primera llamada fase de indagación, la cual tiene como génesis la noticia criminal y la segunda una fase de Investigación formal, que tiene su nacimiento con la audiencia de Formulación de la Imputación.

Aunque se encuentran voces afirmando que esta fase no es propiamente parte del proceso penal y algunos dicen que es una fase pre procesal, nos parece acertados los pensamientos recogidos en las palabras de Guerrero (2014) al afirmar que:

“La doctrina extranjera resalta la gran discusión que se presenta cuando se trata de valorar la incidencia de la investigación en el juicio oral, a tal punto que la opinión dominante coincide en afirmar que la labor de indagación es decisiva en las estructuras acusatorias mixtas y por esa misma razón coinciden en la necesidad de fortalecer las garantías correspondientes a la misma, superando la noción de que es más importante la fase oral debido a que en tal sede la garantía del contradictorio y

la inmediación permiten corregir las deficiencias que se presentan en la indagación”. (pp. 229-230)

Es de gran importancia, poder contextualizar las fases nombradas en precedencia, ya que solo así podremos encontrar mayor o menor viabilidad en las intromisiones que la defensa pueda realizar en cada una de estas etapas, en relación con la figura de la Preclusión

Indagación

Como ya lo dijimos, nace con la puesta en conocimiento de un hecho que, revista las características de delito para la Fiscalía, a través de cualquiera de los medios de noticia criminal; en esta etapa se busca principalmente realizar una recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física que le permita inferir razonablemente al fiscal, la existencia de un punible y su responsable ya sea a título de autor o cómplice.

En este punto, la fiscalía está corroborando la información obtenida a través de la *noticia criminis* por lo que todavía no ha enfilado su rol de acusador contra un determinado sujeto, no obstante que en desarrollo de esta fase se pueda citar a interrogatorio al indiciado, no por esto se puede indicar que el curso de la investigación ya se allá encausado inmodificablemente hacia un determinado responsable.

Por el momento, solo indicaremos que esta etapa puede concluir de diversas formas, entre las que se encuentran el archivo de las diligencias, la formulación de la imputación de cargos, o la Preclusión ya que a través del desarrollo jurisprudencial de la sentencia C 591 de 2005 se declaró inexecutable el aparte del artículo 331 del C.P.P. que preveía la imposibilidad de solicitar la Preclusión sin antes haber formulado la imputación, pues se indicó que la misma podría solicitarse (...) *“en cualquier momento, y no solamente a partir de la formulación de la imputación”.* (Corte Constitucional, 2005)

Investigación formal

Esta etapa es el fruto de una de las formas de terminación de la etapa de indagación, ya que un proceso solo llegara a esta fase, si y solo si la Fiscalía General de la Nación formula Imputación de Cargos, para lo cual el ente acusador debió haber llegado a una *inferencia razonable* acerca de la ocurrencia de un delito y de su autor o partícipe (Artículo 287 C.P.P.), lo cual constituye un nivel de conocimiento al que debe arribar el ente acusador.

A partir de esta Formulación de Imputación, la fiscalía cuenta con un lapso de tiempo (Artículo 294 C.P.P.) para decidir cuál de los dos caminos que se le presentan por delante escoge, uno es la acusación y el otro la Preclusión; dejando en claro que podrá en este momento acudir a un mecanismo alternativo para la terminación del proceso como el principio de oportunidad o llegar a un preacuerdo con el imputado a fin de conducir el proceso a una fase de lectura de fallo.

Ahora bien, para poder decantarse por la vía de la acusación, la fiscalía debe poder afirmar, con *probabilidad de verdad*, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (artículo 336 C.P.P.), siendo esto un grado más avanzado de conocimiento al de la imputación para el ente acusador, al cual se le deberá acompañar otro ingrediente, el cual está constituido por la certeza que la acusación se verá reflejada en una victoria procesal, esto es, que conseguirá una sentencia acusatoria, para lo cual se amparara en la labor realizada tanto en fase de indagación como de investigación formal; en efecto bajo un proceso acusatorio, Ferrajoli (2011) indica que:

“Una vez excluido que el modelo teórico acusatorio suponga necesariamente la discrecionalidad de la acusación, debe entenderse, por el contrario, que comporta, lógica y funcionalmente, el principio opuesto de la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción

penal por parte de los acusadores públicos (...). En el plano lógico, este principio, expresado en nuestras tesis T25 y T50 *nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*, es una inderogabilidad del juicio postulada por nuestras tesis *nullum crimen, nulla culpa sine indicio* y por el mismo principio acusatorio *nullum indicium sine accusatione*”. (p. 569)

La segunda opción, la cual constituye nuestro objeto de estudio se presenta como la vía residual, esto es como el camino al que debe acudir cuando la Fiscalía no pudo llegar al grado de conocimiento que la ley exige para acusar.

Frente a la etapa de Juzgamiento y para los efectos de nuestra investigación, lo único que se mencionará es que el único grado de conocimiento que se debe establecer es el de certeza más allá de toda duda, pero este conocimiento lo debe tener el Juez de la causa y no el Fiscal, pues con la Acusación termina la labor investigativa e inicia el ente acusador una labor acusatoria, por lo que ya no se encuentra en una búsqueda para llegar a algún grado de conocimiento, ahora se centra en llevar al Juez a un grado de certeza que haga posible que este acceda a sus pretensiones condenatorias.

La Preclusión y el Principio de Igualdad de Armas

Como es lógico, para poder concluir si existe acoplamiento y armonía entre el instituto de la Preclusión y el Principio de Igualdad de Armas, primero es necesario pasar a definir conceptualmente estas dos categorías, ya que solo así podremos tener claros los parámetros para validar cualquier tesis; por lo anterior pasaremos a desarrollar esta labor.

La Preclusión

Es difícil, al momento de conceptuar la Preclusión, desligar su definición de sus efectos, como indica Fierro (2016), “*Al hablar de la*

Preclusión, es tendencia generalizada asociarla con la terminación ya de la investigación ora del juicio, como también afirmar que ella tiene su equivalente en la figura de la absolución” (p. 9), sin embargo, y a raíz de su fuente primaria, encontramos más apropiado la definición que realiza González (2015) al indicar que “*Es un mecanismo constitucional y procesal penal mediante el cual el juez de conocimiento (...) concluye, anticipadamente, el proceso por presentarse una de las causales previstas en la ley siempre que no haya mérito para acusar*” (p. 269), por lo que encontramos apropiado justificar cada uno de los elementos que componen esta definición; es así como encontramos que, este instituto procesal fue introducido para el actual sistema de juzgamiento por el Acto Legislativo 03 de 2002, a través del artículo 2do que modificó el artículo 250 superior, incorporando como nuevo numeral 5to de esta disposición lo siguiente:

Artículo 2º. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo...

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la Preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar. (Acto Legislativo 03 de 2002)

Con esta modificación constitucional, se puso de presente lo que sería el cambio de panorama en la figura de comentario; en efecto, el anterior sistema procesal instituido por la Ley 600 de 2000, reseñaba la figura de la Preclusión en su artículo 39 de la siguiente forma:

Artículo 39. *Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.*

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio. (Ley 600 de 2000)

Como observamos, con la anterior legislación, convivían dos figuras de similar esencia, por un lado, la Preclusión y por el otro lado, la cesación del procedimiento, las cuales obedecían a unas mismas causales y compartían los mismos efectos, encontrando su única diferencia en quien las declaraba, pues como se observa, la Preclusión corría a cargo de la fiscalía, mientras la cesación de procedimiento obedecía a una posibilidad a la que el juez podía acudir en etapa de juicio.

Con la promulgación de la Ley 906 de 2004, desaparece la figura de la cesación de procedimiento, a pesar de que en los primeros debates y en el proyecto original presentado en el Congreso, la misma aparecía en varios artículos, en el pliego de modificaciones presentado por la Comisión primera de la Cámara de Representantes, desapareció la expresión de los mismos, siendo esta remplazada en varios casos por la Preclusión.¹

Causales de Preclusión

En este punto, es importante poner en conocimiento las causales por las cuales se puede decretar la Preclusión de la investigación, las mismas están descritas en el artículo 332 del estatuto adjetivo actual por lo que desde ya se deja claro que no existe una figura innominada; las causales son las siguientes:

Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal: Esta causal se aplica cuando se evidencie que se está ante uno de los escenarios planteados en el artículo 82 del Código Penal y 77 del Código de Procedimiento Penal (prescripción, muerte del imputado etc.), es importante indicar que cuando hablábamos de los dos elementos que debe tener en cuenta la Fiscalía a la hora de acusar, esta causal se encuentra relacionada con el segundo elemento el cual está determinado por la posibilidad de conseguir una sentencia condenatoria.

Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el código penal: A esta se acudirá cuando se pueda demostrar que si bien ha existido una conducta investigada, la misma no tiene todos los elementos que solicita el artículo noveno del código penal, esto es una de las causales del artículo 32 del código penal (legítima defensa, error de tipo etc.); contrario sensu de lo que se pregona de la anterior causal, esta tiene directa relación con la imposibilidad de afirmar la existencia del delito, ya que las causales eximentes se muestran como un aspecto relativo de alguno de los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad o culpabilidad).

Inexistencia del hecho investigado: Para acudir a esta causal, deberá quedar claro en el transcurso de la investigación que nunca existió la conducta que se investigaba; por ejemplo, se investigaba un aborto de una mujer que nunca estuvo embarazada, o un hurto de un bien que siempre estuvo en poder de su dueño etc.

Atipicidad del hecho investigado: Esta causal hace referencia las situaciones que después de ser investigadas, no presentan las características que permitan enmarcarla dentro de un tipo penal, luego “no encaja en una descripción legal bien porque no está descrita como delito o bien porque hace falta uno de los elementos del tipo penal”. (González Gómez, 2015)

Ausencia de intervención del hecho imputado en el hecho investigado: Esta causal por su misma configuración legislativa, solo se podrá invocar con posterioridad a la imputación;

ahora bien, la misma esta llamada a prosperar si se logra demostrar que la persona investigada (ya sea como autor o participe), no participo de la conducta investigada, lo que en términos del proceso norteamericano podría determinarse como una coartada, v. gr. se comprueba que la persona a quien se le atribuye la autoría material de un homicidio, se encontraba en una conferencia fuera del país el día y a la hora de los hechos.

Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia: Esta causal tiene su génesis en el principio in dubio pro reo, el cual ampara a cualquier persona que deba enfrentar el poder persecutor estatal, principio que solo puede ser desvirtuado en juicio oral mediante la práctica de los medios probatorios que allegue la fiscalía, no obstante cuando es ostensible que una vez concluido el proceso investigativo realizado con base en el programa metodológico (art. 207 C.P.P), se queda en una situación, en la que se cuenta con un acervo insuficiente para buscar una condena, se invocara esta causal, debe tenerse en cuenta, que la imposibilidad de llegar al grado de conocimiento para acusar, podría darse por el agotamiento del término que tenía el ente acusador para presentar la acusación, caso en el cual en mi concepto, se debería alegar la causal séptima en razón al principio de especialidad.

Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del C.P.P.: Esta condición nos obligara a remitirnos a su vez a lo establecido en el artículo 175 del estatuto procesal para poder determinar el marco temporal para adelantar la fase de investigación formal.

Una vez expuestos los elementos conformadores de la figura en comento, podemos entrar a afirmar que la Preclusión es un instituto procesal penal, que establece unas causales a partir de las cuales se le puede dar una terminación del proceso penal —entendiendo en este punto que se usa el concepto proceso penal para incluir en el mismo las fases de indagación, investigación formal y juicio—, en

un momento anterior al que por regla general debe concluirlo; dicha institución a partir de sus causales, permea tanto la teoría del delito (p.ej. causal 2da), como el derecho procesal penal (véase causal 1ra) e incluso el derecho probatorio (causal 6ta).

En el mismo sentido diremos, que el auto por medio del cual se declara la Preclusión contiene una fuerza similar a la de la sentencia absolutoria, en punto de los efectos que ambas providencias conllevan.

Una vez conceptualizada la figura bajo estudio, pasaremos a establecer el principio sobre el que se realizará el análisis ponderativo.

Principio de Igualdad de Armas

Existen varias formas de abordar la conceptualización de este principio, por lo que la vía seleccionada es apenas una de las posibles en un abanico metodológico; debemos entender de manera estructural y jerárquica el Principio de Igualdad de Armas, como un desarrollo específico del principio de defensa; es así, como encontramos este precepto establecido por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

“El principio de Igualdad de Armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales”. (Corte Constitucional, 2008)

Pues bien, bajo la óptica de un proceso de tendencia adversarial, el principio de Igualdad de Armas permite a su vez materializar el carácter contradictorio de un procedimiento, pues en efecto “si las partes no disfrutaran de los mismos derechos², posibilidades y cargas, sin que haya privilegios, carece de sentido hablar de contradicción, y por ende de proceso”. (Gómez Colomer, 2013)

Para efectos de dilucidar un concepto del derecho³ de Igualdad de Armas, acudiremos al criterio que la Corte Constitucional adopto en el desarrollo de la sentencia C 118 de 2008, la cual como previamente se indicó, realizó un análisis sobre el tópico que acá nos convoca; en esa medida, el máximo tribunal constitucional indica acerca de este principio, que es:

“Un mandato según el cual cada parte del proceso penal debía poder presentar su caso bajo condiciones, que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte, como la que de plano se da entre el acusador y el acusado, en detrimento del segundo”. (Corte Constitucional, 2008)

Estado actual de la legitimación para solicitar la Preclusión

Una vez descrito el contexto en el cual se desarrolla la figura en comento, procederemos a poner de presente a la temática central de esta investigación, dejando en claro desde ya que nuestro estudio se centrará en el estado actual de la situación, el cual como ya se indicó, está marcado jurisprudencialmente por la Sentencia C 118 de 2008, la cual determino que la estructura legislativa establecida por la Ley 906 de 2004, se encuentra ajustada a la Constitución en lo que tiene que ver con la legitimación para solicitar la Preclusión.

Antes de iniciar la descripción de las consideraciones más importantes de la jurisprudencia, debemos indicar que mediante los artículos 331 y 332 del Código de Procedimiento Penal, se estableció de manera casi que exclusiva, la facultad para solicitar la Preclusión en cabeza de la fiscalía, y decimos “casi”, porque el parágrafo del artículo 332, habilitó la posibilidad de solicitar la Preclusión a la defensa y el ministerio público, con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación, únicamente si invocan las causales 1° y 3°.

Ahora bien, es importante poner en conocimiento los argumentos de los que se valió la Corte para pronunciarse en el sentido en que lo hizo, pues solo de esta manera podremos juzgar si el resuelve fue o no acertado.

Vale la pena indicar en primer lugar que, la Corte realiza una división en punto de dos momentos del proceso en los cuales se puede realizar la solicitud de Preclusión, los cuales ya han sido referenciados en este escrito, a saber, la fase de investigación y la fase de juicio.

Frente a la Investigación, la Corte argumenta que la titularidad exclusiva para solicitar la Preclusión en esta etapa en cabeza de la Fiscalía obedece a la lógica del proceso acusatorio, el cual determina para el ente acusador, la carga de investigar los hechos y responsables de la conducta punible, veamos:

“La separación de la investigación y el juzgamiento exige, de este modo, que la averiguación de los hechos, la identificación del investigado, la búsqueda de los elementos probatorios y evidencias que conduzcan a averiguar la verdad de lo sucedido y de la responsabilidad en la conducta delictiva, sean responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación. Por esta razón, es lógico que el legislador le hubiere encargado exclusivamente a esa entidad la función de presentar al juez los elementos de juicio necesarios para que éste resuelva su petición de Preclusión de la investigación o de acusación al imputado. En otras palabras, la titularidad exclusiva del fiscal de la facultad para solicitar la Preclusión de la investigación en la etapa de la averiguación deriva de la lógica del sistema penal acusatorio consistente en la separación entre la investigación y el juzgamiento”. (Corte Constitucional, 2008)

Aunado a lo anterior, se indica que las discusiones que se pueden plantear en una audiencia de Preclusión (las cuales están determinadas por las causales expuestas), tienen un escenario natural dentro de otra etapa del proceso penal, la audiencia de Juicio Oral, la cual

ofrece mayores garantías para que la defensa pueda demostrar sus argumentos en pro de conseguir una sentencia absolutoria, amparado en una teoría del caso relacionada con alguna de las causales de Preclusión; por el contrario, permitir que la defensa acuda a un escenario previo de una audiencia de Preclusión iría en contravía de las garantías de la defensa, pues tendría que realizar un descubrimiento probatorio prematuro, para poder sustentar la solicitud de Preclusión.

De la figura de la Preclusión o similares en el derecho comparado

Debemos iniciar este acápite indicando que es difícil encontrar el vocablo “Preclusión” en la mayoría de codificaciones, por lo que hemos tomado como parámetro de comparación, figuras que tengan similar naturaleza para su análisis.

España

El capítulo segundo, del título XI, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la figura del sobreseimiento, la cual hemos tomado como par debido a las causales que permiten invocarla, las cuales se encuentran establecidas en los artículos 637 y 641, veamos:

Artículo 637. Procederá el sobreseimiento libre:

- 1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.*
- 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.*
- 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.*

Artículo 641. Procederá el sobreseimiento provisional:

- 1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.*
- 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a*

determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. (BOE-A-1882-6036, 1882)

Como vemos, tenemos una división respecto a las causales de sobreseimiento, las cuales producen distintos efectos, no obstante, no ahondaremos en este tema, porque lo que es de interés acá, es identificar quienes pueden solicitar este instrumento, frente a lo cual encontramos el párrafo 4to del artículo 627, donde se afirma en punto de la conclusión del sumario que:

“En el mismo escrito, si la opinión fuera de conformidad con el auto de terminación del sumario, se solicitará por el Ministerio Fiscal, cuando intervenga, por el Procurador del querellante, si lo hubiere, y por la defensa del procesado o procesados, lo que estimen conveniente a su derecho, respecto a la apertura del juicio oral o sobreseimiento de cualquier clase”. (BOE-A-1882-6036, 1882)

En este punto observamos que, al cierre del periodo de instrucción, se le permite participar a la defensa para que, si lo estima conveniente, se manifieste entorno al sobreseimiento.

Argentina

El título V del Libro II del Código Procesal Penal Argentino trata el tema del sobreseimiento, de una manera más amplia en punto de la legitimación, pues afirma en su artículo 334 que:

“El juez, en cualquier estado de la instrucción, podrá dictar el sobreseimiento, total o parcial, de oficio, o a pedido de parte, salvo el caso del artículo 336, inciso 1, en que procederá en cualquier estado del proceso”. (Ley N° 23.984, 1991)

Ahora bien, el alcance de la declaratoria de sobreseimiento contiene esencialmente los mismos efectos que la Preclusión y adicionalmente está diagramado para que se pueda invocar por situaciones similares a las que se presentan con la figura en comento, de hecho,

el artículo 336 establece la procedencia en los siguientes casos:

- 1°) *La acción penal se ha extinguido.*
- 2°) *El hecho investigado no se cometió.*
- 3°) *El hecho investigado no encuadra en una figura legal.*
- 4°) *El delito no fue cometido por el imputado.*
- 5°) *Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.*

En los incisos 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado. (Ley N° 23.984, 1991)

México

El caso mexicano, es tal vez uno de los más interesantes, pues su legislación procesal es reciente y para su estructuración se alimentó de las experiencias de las diferentes codificaciones latinoamericanas en materia procesal penal, entre ellas la colombiana; es así como desde las primeras nociones referidas a las obligaciones de los defensores, encontramos en el numeral 7mo del artículo 117, la obligación de presentar argumentos con los que se pueda buscar un sobreseimiento.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del sobreseimiento en el proceso mexicano, haremos cita de los artículos 327 y 328, los cuales permiten dar una identidad similar de la figura de la Preclusión a partir de los parámetros que hemos establecido, esto es, sus causales y sus efectos:

Artículo 327. Sobreseimiento

El Ministerio Público, el imputado o su Defensor podrán solicitar al Órgano jurisdiccional el sobreseimiento de una causa; recibida la solicitud, el Órgano jurisdiccional la notificará a las partes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá lo conducente. La incomparecencia de la víctima u

ofendido debidamente citados no impedirá que el Órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto.

El sobreseimiento procederá cuando:

- I. El hecho no se cometió;*
- II. El hecho cometido no constituye delito;*
- III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;*
- IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal;*
- V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación;*
- VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley;*
- VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso;*
- VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado;*
- IX. Muerte del imputado, o*
- X. En los demás casos en que lo disponga la ley.*

Artículo 328. Efectos del sobreseimiento

El sobreseimiento firme tiene efectos de sentencia absolutoria, pone fin al procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dicta, inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas cautelares que se hubieran dictado. (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014)

El legislador mexicano, relleno algunos vacíos con referencia al procedimiento colombiano, pues estableció que el procedimiento podría ser parcial respecto a los imputado o delitos (art. 329); de otro lado, al ser consiente del papel que tiene el juez de control (quien asume la decisión sobre el sobreseimiento a diferencia del caso colombiano donde es el juez de conocimiento el que asume la decisión), le otorgo la posibilidad de declarar el sobreseimiento por causal distinta a la invocada por las partes. (art. 330)

Estados Unidos de Norteamérica

A pesar de que el derecho en los Estados Unidos, está estructurado con base en un sistema de *comon law*, el cual tiene entre sus características “*la obligatoriedad de las decisiones que toma cada Corte Federal, de manera que cuando una Corte toma una decisión sobre un asunto, es derecho vinculante*” (Bernate Ochoa, 2014), aun así, es posible encontrar en las codificaciones algún aspecto que nos de guía en torno a nuestro estudio; para el caso traeremos las *Federal Rules of Criminal Procedure*, las cuales establecen la Criminal Rule 12(b)(3)(B)(v) (*v) failure to state an offense; Motion to dismiss the criminal complaint*, lo que podríamos traducir como una moción para desestimar el caso, la cual puede ser solicitada por la defensa previo a la presentación del Gran Jurado.

Como podemos observar en punto de derecho comparado, las legislaciones analizadas han entendido que el papel de la defensa no se limita en cuanto a las etapas previas al juicio a una simple preparación por ese estadio procesal; por el contrario, visualizan como actividades propias de esta parte procesal la continua búsqueda por ultimar el proceso que se adelanta, para lo cual ha determinado herramientas acordes al principio acusatorio, por cuanto las mismas son sometidas a un control jurisdiccional de un tercero equidistante a las dos partes en confrontación.

En este sentido, el sobreseimiento es entendido como un acto estratégico desarrollado por la defensa para intentar librar a la parte investigada o acusada de todo el rito procesal hasta el juicio, por lo que si bien se entiende que con esta solicitud la defensa deberá exponer antes de tiempo argumentos e incluso medios de prueba que deberían revelarse en juicio, lo cierto es que dicha actividad debe ser vista como una posibilidad y así mismo se deberá evaluar sus pro y contras, en otras palabras la solicitud de sobreseimiento debe verse como un riesgo calculado.

Discusión

Al iniciar este artículo, se buscaba conseguir elementos para poder colegir si la actual configuración de la figura de la Preclusión es compatible con el principio de Igualdad de Armas dentro del Proceso Penal Acusatorio colombiano, el cual como vimos diagramo una facultad cuasi exclusiva para la fiscalía, en punto de poder solicitar este instituto ante el Juez de Conocimiento, norma que fue reforzada por concepto favorablemente emitido por la Corte Constitucional, al definir que dicha estructura se encuentra cobijada por la libertad de configuración legislativa; sin embargo, después de hacer un estudio pormenorizado, no encontramos este enfoque como el más acertado para evaluar una limitación a la posibilidad de solicitar la Preclusión por parte de la defensa, pues este punto de vista, no satisface el requisito de garante a un derecho fundamental como lo es el de defensa, máxime cuando hablamos de un proceso que se ha guiado por unas libertades desproporcionadas dentro de la concepción acusatoria adversarial.

Por citar un ejemplo de estas desproporciones, es palpable que al realizar un paralelo entre las dos opciones con que cuenta la fiscalía al momento de concluir la fase de investigación formal, se ve como una de las vías a tomar (esto es la acusación), reviste mayores libertades para el ente acusador con relación a la otra (la Preclusión), lo anterior por cuanto el legislador diseñó un control jurisdiccional para aprobar una solicitud de Preclusión la cual debe ser aprobada por un Juez de Conocimiento y la cual incluso tiene la posibilidad de ser recurrida por los intervinientes en caso de ser aprobada, pero en cambio no existe tamiz alguno si la decisión a tomar por parte del fiscal es la de acusar, ya que la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha indicado que frente a la acusación no existe ninguna clase de control⁴.

La anterior disyuntiva legislativa y jurisprudencial va en contra de los postulados propios

de un sistema acusatorio, porque la única finalidad entendible que tiene esta medida es facilitar más una acusación que una Preclusión, cuando lo que se debería buscar es una garantía de que la persona que enfrente una acusación lo haga a sabiendas de que existe realmente elementos que permitan someterlo a un juicio o en otras palabras “no utilizar al acusado como objeto de investigación y evitar a toda costa que una persona se vea sometida a una acusación infundada o a la llamada <<pena de banquillo>>”. (Armenta Deu, 2012)

Es así, como en la mayoría de ordenamientos existe un órgano de control, que realiza un control sobre la investigación a fin de dar vía libre a la acusación, tal vez siendo el modelo norteamericano el más reconocido con la figura del Gran Jurado, al respecto Armenta (2012) indica que “El Gran Jurado fue considerado históricamente como una salvaguarda frente a persecuciones malintencionadas” (p. 29); por lo que la falta de este control sobre la acusación, pone en un plano de menor garantismo a nuestro procedimiento penal.

Ante esta situación, la Preclusión por su naturaleza, se vislumbra como una herramienta adecuada para tamizar las pretensiones punitivas del ente acusador, por lo que el habilitar su incoación a la defensa, generaría un tinte garantista al proceso, ante la falta de otros métodos de control material a la acusación.

Por otro lado, debemos tener en cuenta para nuestro análisis la figura de imputación de cargos, que no solo entraña un acto de comunicación como es costumbre mencionar, sino que además representa un momento procesal a partir del cual se le pueden empezar a privar derechos⁵ a quienes adquieren la condición de imputados, como lo pueden ser: medidas cautelares sobre bienes (art. 92 C.P.P.), prohibición para enajenar bienes sujetos a registro (art. 97 del C.P.P.), y la más importante de todo, la imposición de medidas de aseguramiento las

cuales en su mayoría de veces son privativas de la libertad.

De lo anterior, ya se genera una contradicción entre un proceso garantista y la libertad de configuración legislativa que se le otorga al legislativo sobre el proceso penal, pues se encuentra completamente inverosímil que, a una persona que se le priva de sus bienes o la posibilidad de disponer de ellos e incluso se le restringe su libertad, no se le de herramientas para contrarrestar esas agresiones a sus derechos en una etapa más próxima al inicio de afectación de los mismos, aun cuando la defensa tenga pleno conocimiento de que por ejemplo, para el proceso que se sigue en su contra ya ha operado el fenómeno de la prescripción y tenga que esperar hasta después de la acusación para acudir al juez de conocimiento a solicitar la Preclusión (recordemos que la causal 1ra -esto es la imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal- puede ser solicitada por la defensa o el Ministerio público a partir de la Formulación a la Acusación); lo anterior con el agravante de que al contrastar los términos citados en el artículo 175 del C.P.P. con la realidad judicial, los mismos casi nunca se cumplen.

Ahora bien, el legislador ha indicado que con la formulación de la imputación se activa el derecho de defensa, teniendo la posibilidad de preparar de modo eficaz su actividad procesal (Art. 290 C.P.P.). Sin embargo, vale la pena plantear si, de entrada, la prohibición de solicitar la Preclusión a partir de la imputación no es de por sí una limitación a esa eficaz preparación procesal; en este sentido no encontramos adecuada las consideraciones de la Corte Constitucional, al indicar que el facultar a la defensa para solicitar la Preclusión, desmejoraría las garantías de este extremo procesal, pues lo obligaría a destapar sus cartas probatorias en un estadio procesal previo al juicio; al respecto consideramos que, afirmar eso, es desconocer que el proceso

penal comporta un componente estratégico que se malea conforme a los estratagemas de cada parte; luego, en cada caso la defensa verificara si desea hacer el uso de la figura de la Preclusión o guardar sus cartas para el escenario del juicio; de hecho, si nos fijamos en los procedimientos traídos en punto de derecho comparado, la figura del sobreseimiento se presenta como una posibilidad y no una obligación para la defensa.

Es por eso, que las miradas deben apuntar a no limitar estas garantías a una parte que podría beneficiarse de ellas, no hay que olvidar que el procedimiento debe apuntar hacia otro sentido, Langer (2001) por ejemplo, explica hacia donde debe estar ubicada la teleología del proceso que él denomina *modelo de disputa* y al respecto refiere:

“Para que este modelo produzca resultados justos –en el sentido de que absuelva a los inocentes y condene a los culpables solo por el hecho u hechos que cometieron-, y para que en(sic) el imputado tenga una capacidad real de enfrentar la acusación –y sea, en tal sentido, un verdadero sujeto de derechos que no puede ser coaccionado mediante negociaciones y amenazas del acusador- es preciso que la igualdad entre los adversarios de la disputa no solo sea formal sino también material”. (p. 129)

Por lo anterior, vale anotar que en la praxis se presentan gran variedad de eventos en los cuales la persona *sub judice* en una causa penal, es sometida injustificablemente a un dispendioso ritual procesal, al cual debe comparecer hasta avanzadas etapas atado a la titularidad que de la acción penal ostenta el ente acusador; en muchos casos, viéndose la persona restada en sus derechos por la aplicación de una medida de aseguramiento o cautelar; siendo claro en varios casos, que la investigación se muestra desde temprano como carente de posibilidades de algún éxito en materia condenatoria, esto debido a distintas causas que hoy están

determinadas como causales de Preclusión en el artículo 332 del estatuto procesal penal, sin que la defensa pueda realizar algún movimiento procesal para mitigar el accionar del ente acusador.

Conclusiones

En síntesis, creemos que debe existir una modificación respecto a la actual configuración; más aún, cuando no encontramos en juego una verdadera disputa entre la libertad de configuración legislativa y el principio de Igualdad de Armas; tal vez hacia futuro se debería apostar una fórmula de partición en cuanto a las causales de Preclusión para verificar, cuales pueden por su naturaleza objetiva, ser confrontadas en fases previas (como por ejemplo la inexistencia del hecho) y cuales deben esperar a etapa de juicio (como alegar una causal eximente de responsabilidad) las cuales ostentan elementos más subjetivos.

Es así como el fenómeno procesal de la Preclusión se presenta en una situación de desequilibrio, atribuida a la normatividad penal adjetiva, fundamentalmente porque al diseñarse el proceso, se ha dejado la titularidad de esta figura, de manera casi exclusiva a la fiscalía, relegando al otro extremo procesal en lo que tiene que ver con la posibilidad de solicitar esta figura, ya que actualmente solo se le permite acceder de manera restringida, tanto por el momento procesal, como por las causales que esta puede invocar, constituyendo lo anterior un detrimento injustificado al principio de Igualdad de Armas.

Las modificaciones que acá se ponen de manifiesto en nuestro sentir, deben enfocarse en la fase de investigación formal, por cuanto es el momento procesal en el que se ha realizado una comunicación formal a quien ostentará la calidad de imputado, lo que representa dos situaciones: la primera que a partir de este

momento se ha personificado la investigación en un sujeto determinado y la segunda que a partir de ese momento puede existir afectaciones a sus derecho como se dijo en el acápite respectivo.

Referencias bibliográficas

Acto Legislativo 03 de 2002, Por el cual se reforma la Constitución Nacional (19 de Diciembre de 2002. D.O. N° 45.040).

Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons.

Bernate Ochoa, F. (2014). *El sistema penal del common law*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

BOE-A-1882-6036, Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (14 de Septiembre de 1882).

Código Nacional de Procedimientos Penales. (2014). México. (05 de marzo de 2014).

Corte Constitucional, Colombia, C-591 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 09 de junio de 2005).

Corte Constitucional, Colombia, C-536 (M.P. Jaime Araújo Rentería 28 de mayo de 2008).

Corte Constitucional, Colombia, C-118 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 13 de febrero de 2008).

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Fierro Méndez, H. (2016). *Los recursos en la preclusión de la investigación penal*. Bogotá: Leyer editores.

Gaceta del Congreso. Colombia. N° 104/2004. (25 de Marzo de 2004). Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara. *Cámara de Representantes*.

Gómez Colomer, J. L., Esparza Leibar, I., Planchadell Gargallo, A., Pérez Cebadera, M.-Á., Beltrán Montoliu, A., & Gánem Hernández, E. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.

González Gómez, A. (2015). De la preclusión. En J. C. Ubaté Ortega, *Aportes al sistema penal colombiano con tendencia acusatoria* (pp. 267-298). Bogotá: Universidad Libre.

Guerrero Peralta, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica.

Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del proceso abreviado. En J. Maier, & A. Bovino, *El procedimiento abreviado* (pp. 97-133). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ley 600 de 2000, Colombia. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (24 de Julio de 2000. D.O. N° 44.097 de julio 24 de 2000).

Ley 906 de 2004, Colombia. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (31 de Agosto de 2004. D.O. N° 45.658 de septiembre 1 de 2004).

Ley N° 23.984, Código Procesal Penal (04 de septiembre de 1991).

Moreno Catena, V., & Arnaiz Serrano, A. (2013). *Tomo III Esquemas de Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Notas

1 Al respecto, se puede acudir a la Gaceta del Congreso N° 104 de 2004, en especial el pliego de modificaciones propuesto con relación al artículo 32 donde se indicó “Justificación. Se elimina la expresión “cesación de procedimiento” y en su reemplazo se utiliza la expresión “preclusión”, esto en virtud de que el fenómeno de la preclusión será en todos los casos función del juez de conocimiento por lo que no existe razón para hacer la distinción conceptual tal como se hace en el sistema vigente”. (Gaceta del Congreso N° 104/2004)

2 Al respecto es importante anotar que, aunque parezca obvio deben respetarse los Derechos Humanos en el proceso penal, afirmación que se enfatiza atendiendo la actualidad de la realidad de la sociedad colombiana y de la sociedad mundial. (Romero, 2017)

3 Es importante no olvidar que en la actualidad se han venido desarrollando diferentes y novedosas conceptualizaciones alrededor del Derecho. (Rodríguez, 2016)

4 Por citar un ejemplo de un pronunciamiento reciente en este sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP14191-2016 radicado N° 45594 del 05 de octubre de 2016 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

5 Al respecto es importante sugerir y de conformidad con Montero que para lograr lo afirmado es indispensable una eventual reforma que se encuentre dentro de los parámetros y estándares nacionales e internacionales, en especial en materia de Derechos Humanos. (Montero, 2017)