REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA

Aprobado mediante acta # 132 del 13-III/2014

Pereira (Risaralda), viernes catorce (14) de Marzo de Dos mil Catorce (2.014).
Hora:10:47

Radicación:	66001 6000035 201302091 01
Acusado:	Ayan Humberto Cardona Giraldo
Delito:	Trafico, fabricación o porte de Estupefacientes
Asunto:	Apelación auto niega Preclusión
Procede:	Juzgado Cuarto Penal Del Circuito De Conocimiento De Pereira

V I S T O S:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía, en contra del auto proferido el día 30 de enero de 2014 por el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito, en virtud del cual fue declarada improcedente la solicitud de Preclusión de la investigación que se sigue en contra del señor Ayan Humberto Cardona Giraldo por la conducta punible de Trafico, fabricación o porte de Estupefacientes.

A N T E C E D E N T E S:

Los hechos generantes del proceso penal se desprenden de lo contenido en el escrito de acusación en donde se relata que tuvieron ocurrencia el día 1 de mayo de 2.013 a las 13:20 aproximadamente

en el Barrio Laureles I calle 75A con carrera 27A – vía pública- cuando agentes de la Policía Nacional observan la actitud sospechosa de un sujeto que vestía camisa blanca, jean azul y gorra oscura, quien al verlos guardó algo en su bolsillo derecho y los agentes le solicitaron una requisa para hallar al interior de su ropa dos bolsas plásticas transparentes y una bolsa de papel color blanca con sustancia pulverulenta con características similares a estupefacientes en un peso neto para la primera muestra de 1.8 gramos y para la segunda muestra de 2.2 gramos con resultado positivo para cocaína en la PIPH.

L A A C T U A C I Ó N P R O C E S A L:

Las audiencias preliminares fueron ejecutadas el día 2 de mayo de 2.013 ante el Juzgado Cuarto Municipal con función de control de garantías de Pereira, en las cuales el delegado de la Fiscalía le informó cargos como probable autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes en la modalidad de “llevar consigo”, cargo al cual el imputado no quiso aceptar; y la Fiscalía retira la solicitud de medida de aseguramiento.

El día 24 de septiembre de 2.013 se celebró audiencia de Formulación de Acusación ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en donde se procedió a formular acusación por la conducta de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES a título de dolo, modalidad “llevar consigo” un total de 2.2 gramos de cocaína.

Posteriormente se realiza la Audiencia Preparatoria el día 16 de enero de 2.014, en la cual el Fiscal manifestó su intención de solicitar la preclusión con fundamento en la causal No. 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal “atipicidad del hecho investigado” por no generarse vulneración efectiva al bien jurídico tutelado de la salud pública. Agrega la delegada de la Fiscalía que dicha petición se realizaba conforme a los pronunciamientos por parte de la Sala de Casación Penal en el cual se permite solicitar la preclusión antes de

juicio oral, aduce la señora Fiscal que aunque el ciudadano Ayan Humberto Cardona Giraldo haya sido sorprendido con una sustancia que resultó ser cocaína en cantidad de 2.2 gramos, y se le imputaron cargos en audiencias preliminares por TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en calidad de Autor a título de Dolo; en el artículo 9 del C.P.P para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, ello -adiciona la Fiscalía- en correlación con el articulo 2º de la ley 30 del 1986 la dosis mínima no puede superar un gramo en concordancia con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Pereira, para que la conducta sea típica debe exceder hasta el doble de la sustancia, es decir, dos gramos y conjuntamente con su comercialización. La fiscalía expresa que poseía un documento que realizó el investigador de la Sijin Jhon Alexander Falla Vargas en donde se determinó que el señor Cardona Giraldo es consumidor de dicha sustancia desde hace 3 años, investigación en donde se constató que el acusado no pertenece a una red de tráfico y comercialización de estupefacientes. Enuncia igualmente que la salud pública como bien jurídico para este caso no se encuentra afectada, solo la del acusado al consumirla. Se hace alusión al pronunciamiento de la Corte Suprema Sala de Casación Penal en el sentido que la condena es un tratamiento terapéutico para quienes excedan altamente la dosis personal, por lo cual existe es una antijuridicidad material por no cumplirse en su totalidad los requisitos de afectación al bien jurídico tutelado y por consiguiente la conducta es atípica. La defensa coadyuvó la petición de la Fiscalía.

A U T O I M P U G N A D O:

La Jueza Cuarta Penal del Circuito se pronunció en auto del día 30 de enero de 2.014 y resolvió NEGAR la solicitud de preclusión de la investigación que se sigue en contra de Ayan Humberto Cardona Giraldo. Para ello consideró que el delegado de la Fiscalía omitió lo consagrado en el parágrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, donde se señala que la preclusión se puede solicitar en el juzgamiento, siempre y cuando se presenten las causales de los numerales uno y tres de esa norma como fundamento de la misma y la petición de preclusión no trae como

fundamento dichas causales sino la cuarta referente a la atipicidad del hecho investigado al considerar la Fiscalía que no se daban las condiciones para pregonar la tipicidad de la conducta como objeto de reproche penal, la que debió de haberse colocado bajo consideración del juez de conocimiento – ella misma- antes de formularse la acusación por expreso precepto legal, por lo cual concluye de manera adicional que no es la etapa donde se procede a terminar la acción penal.

L A A L Z A D A:

La Fiscal 12 Seccional de la unidad de salubridad pública interpuso recurso de apelación invocando la línea jurisprudencial que se viene manejando por esta Sala de decisión con fundamento además por lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-118 de 2008".

Manifiesta el recurrente que si bien está consignado en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal una limitación para solicitar la preclusión por los numerales 1 y 3 del artículo 332 del C.P.P., cuando se advierte que en esa etapa procesal (Preparatoria) se invocó diferente causal a las permitidas para dicha etapa procesal que le permite a la Fiscalía solicitar una preclusión, no existiría un motivo razonable para forzar al ente acusador a continuar con una acusación imposible, y si le es permitido entonces invocar la absolución perentoria, no habría razón para no permitir la solicitud de preclusión a este mismo ente por causales distintas a las fijadas en los numerales 1 y 3 del artículo 332 .

Agrega el recurrente que de ninguna manera se podría limitar a la Fiscalía al cumplimiento de esta dos causales objetivas y solo deben ser observadas para los límites que se le ponen a la defensa y al ministerio público, según lo han determinado varios Jueces Penales del Circuito y La Sala Penal del Tribunal, y al ser la Fiscalía la responsable o la que tiene la potestad para la persecución penal, si puede solicitar la absolución perentoria, puede solicitar la preclusión.

Con soporte en los anteriores argumentos solicita a esta Sala revocar la decisión de la Jueza de primera instancia que negó la Preclusión.

L A R É P L I C A

El señor defensor intervino como no recurrente y manifestó que la interpretación del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal debe de hacerse de manera armónica y sistemática de acuerdo a su contenido gramatical, entendiéndolo de la manera en que el parágrafo que complementa dicho artículo lo que hace es ampliar la facultad que previamente no tenía la defensa ni el Ministerio Público para solicitar la preclusión después de la etapa de acusación, pero no existía limitación para que la Fiscalía como titular de la acción penal pueda solicitarla en cualquier etapa. Argumenta la defensa que se vulnera el principio de economía procesal al estar previos a la instalación de un juicio oral en donde la Fiscalía solicite sentencia absolutoria, evitando dicha etapa con la preclusión previa al no existir la conducta como lo ha planteado la Fiscalía. Por lo anterior solicita que se revoque la decisión del juez de primera instancia, y se decrete la nulidad hasta el momento procesal donde se solicita la preclusión.

P A R A R E S O L V E R S E C O N S I D E R A:

Competencia:

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial, sin avisorarse mácula en el procedimiento que vicie de nulidad lo actuado.

Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente la nulidad de la actuación realizada por el apoderado de la defensa para que sea el Juez de primera instancia quien defina sobre la aplicabilidad o no de la figura de la preclusión?

¿Es procedente la solicitud de preclusión realizada por la Fiscalía en la etapa de juicio, con fundamento en causal diferente a las contempladas en los numerales 1 y 3 del artículo 332 del C.P.P.?

SOBRE LA NULIDAD DE LA ACTUACIÓN

Las causales de nulidad en el Código Procesal Penal de 2004 están reguladas por los artículos 455 a 458. En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema acusatorio oral, si bien la normativa no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la Ley 600 de 2000, ello no implica que hayan desaparecido pues se trata de aspectos inherentes a ellas y contenidos en los principios generales que orientan el derecho punitivo. Por ello los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual continúan rigiendo las nulidades, así lo ha reiterado la Corte en decisiones como la del 18 de marzo de 2009, rad.:30710 y otras.

En ese orden, según nos enseñan los principios de taxatividad y trascendencia, el Juez sólo está autorizado para decretar las nulidades previstas en la ley como lo estipula el artículo 458 de la ley 906 de 2004 y el postulante está forzado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de las partes o desconoce la estructura básica del procedimiento, sin que exista otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido, por lo tanto, quien solicita la declaratoria de una nulidad

tiene la obligación de indicar el motivo de invalidez que alega, las razones de hecho y derecho en que la fundamenta.

El no recurrente plantea la declaratoria de nulidad para retrotraer la actuación hasta el momento previo a decidir la solicitud de preclusión impetrada por la defensa, pero su errada apreciación procedimental no puede ser llamada a la prosperidad por cuanto no encuentra asidero jurídico alguno que desconozca la vulneración de los principios protectores de las declaratorias de las nulidades, además que por tratarse de una actuación del juez de primer nivel y la legislación consagrar recurso contra la misma, la solución jurídica viable es la de resolver la alzada y en caso de no encontrarse ajustada a derecho la decisión del *A quo* revocar la misma para que se corrija el camino jurídico sin tener la obligación de tomar medidas *in extremis* como lo es la declaratoria de nulidad.

SOBRE LA APLICACIÓN DE CAUSALES SUBJETIVAS DE PRECLUSIÓN EN DESARROLLO DE LA ETAPA DE JUICIO

Sobre este tema la jurisprudencia emanada de las Altas Cortes – Constitucional y Suprema de Justicia- ha tenido vaivenes en el lineamiento de un criterio orientador, y de manera difusa se han admitido las dos hipótesis; la que pregona la imposibilidad de solicitar la preclusión por causales subjetivas una vez se haya presentado la acusación[1] y la adversa a aquella – que la cataloga como viable-.

En la primera de aquellas la Corte Constitucional rememora una decisión en la cual se adujo lo siguiente:

> "La pretensión de retrotraer el momento culminante de formación del juicio del juez sobre aspectos definitorios del caso, a una fase anterior, mediante una solicitud de preclusión que apunta a los mismos objetivos del juicio, introduce una alteración a la estructura del sistema, sin que

[1] Corte Constitucional: Sentencia C-118 del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008). M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

de otra parte, tal opción se traduzca en una mayor garantía para el acusado. Éste debe contar con amplios espacios que le permitan desplegar toda una actividad probatoria y de argumentación jurídica, orientada a desvirtuar la probabilidad de verdad que ampara la acusación, tanto en relación con la existencia de la conducta delictiva, como respecto de la autoría o participación (Art. 336). Este espacio se lo brinda de manera más adecuada el juicio, que una audiencia de preclusión.

Trasladar una discusión de la complejidad fáctica y jurídica que implica la verificación de una causal excluyente de responsabilidad, la definición sobre la atipicidad de la conducta o la determinación sobre ausencia de participación en el hecho, a una audiencia de preclusión, una vez que se ha formalizado la acusación, limita no solamente las posibilidades de defensa del acusado como se indicó, sino que reduce sustancialmente los mecanismos de intervención de otros sujetos procesales (Fiscalía) e intervinientes (víctimas y ministerio público) legitimados para participar activamente en la definición del caso.

6.4. En conclusión, la norma que limita las causales que fundamentan una solicitud de preclusión durante el juzgamiento a aquellos eventos que no generan una discusión sobre la responsabilidad del acusado, constituye un desarrollo de los principios que orientan la estructura del modelo de enjuiciamiento diseñado por el A. L. No. 03 de 2002, sin que de otra parte se desconozcan garantías fundamentales del acusado tales como su derecho de defensa y de acceso a la justicia. El sistema, dentro de su estructura, le garantiza espacios adecuados para que controvierta la acusación y acredite, en el escenario probatorio establecido por el nuevo modelo, las circunstancias previas o sobrevivientes a la acusación con potencialidad para desvirtuar los cargos y fundamentar una pretensión de absolución.

Posibilitar el traslado del debate de fondo a una fase previa del juicio oral (audiencia de preclusión), atenta no solamente contra la garantía del propio acusado a un juicio público oral, concentrado y con inmediación de la prueba, sino que limita las facultades de actuación de los demás intervinientes y sujetos procesales"[2]*.*

De manera posterior la Corte Suprema de Justicia hace una manifestación jurídica que no realizar una concreción del tema ya que no puntualiza la diferencia existente entre la solicitud de aplicación de las causales objetivas o subjetivas con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, pero si deja absolutamente claro que la facultad para pedir la preclusión está deferida, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía y no desatiende el

[2] Sentencia C-920 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

querer del legislador en dar participación para impetrar dicha solicitud al ministerio público y a la defensa pero solo por las causales objetivas, así se dejó plasmado en dicha providencia-

> "La regla es clara: antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332, pero en sede del juicio se habilita, además del acusador, al Ministerio Público y a la defensa, para que puedan hacer similar solicitud, pero en tal caso la pueden presentar exclusivamente por los motivos 1° (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3° (inexistencia del hecho investigado). En el juzgamiento, entonces, la decisión sobre las restantes hipótesis debe diferirse para el momento de proferir el fallo" [3]

Tiempo después vuelve a haber un pronunciamiento por dicho Órgano límite de la jurisdicción ordinaria en la cual varía de forma sustancial su concepción jurídica respecto de la aplicabilidad de las causales de preclusión y de manera directa, expresa y clara determina la procedibilidad de la aplicación de las causales en todo el contexto del juicio por parte de la Fiscalía, ello se plasmó así:

> "Los artículos 331 al 335 de la Ley 906 de 2004 regulan el tema relacionado con la preclusión, **permitiendo al fiscal solicitar al juez de conocimiento esa decisión en cualquier etapa de la actuación**, -**indagación, investigación y JUZGAMIENTO**-, si no existe mérito para acusar y se comprueba la existencia de cualquiera de las siguientes causas:
>
> 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;
> 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal;
> 3. Inexistencia del hecho investigado;
> 4. Atipicidad del hecho investigado;
> 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;
> 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y
> 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.
>
> Ahora bien, si se presenta en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales relativas a la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal y la

[3] 1º) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del primero (1) de julio de dos mil nueve (2009). Proceso # 31763. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

> inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el Ministerio Público o por la defensa"[4]

Y concluye la anterior providencia en el sentido de afirmar que "*En consecuencia, se puede concluir que la regla es clara que antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332, pero en sede del juicio se habilita, además del acusador, al Ministerio Público y a la defensa, para que puedan hacer similar solicitud, pero en tal caso la pueden presentar exclusivamente por los motivos 1° (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3° (inexistencia del hecho investigado). En el juzgamiento, entonces, la decisión sobre las restantes hipótesis debe diferirse para el momento de proferir el fallo*"[5].

Con dicha decisión deja planteado un criterio de aplicación procesal de la normativa en comento y meses después[6] ante un caso de solicitud de una causal subjetiva de preclusión por parte de la Fiscalía morigera su criterio y expone que de encontrarse una solicitud de preclusión por parte de la Fiscalía con una causal subjetiva que pueda advenirse como objetiva, debe darse que fenomenológicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tenga manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos, es decir que de sobrevenir una causal características subjetivas, la misma puede ser resuelta de fondo por el Juez, al tenerse elementos que demuestren de manera material concreta y perceptible que cumple con los requisitos necesarios para su declaratoria. En otras palabras claras, que la comprobación por parte del Juez en la etapa de juicio no corresponda a juicios de valor fina y analíticamente estructurados, ya que estos deben ser tomados al momento de la sentencia.

Visto el panorama a nivel jurisprudencial y con el deber de desarrollar el galimatías jurídico propuesto por el recurrente esta

---

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de 2ª Instancia del Quince (15) de febrero de dos mil diez (2010). Proceso # 31767. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.
[5] *Ibidem*
[6] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL: Providencia de 2ª Instancia del dieciocho de junio de dos mil diez. Proceso # 33642. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Colegiatura no puede aunarse a los esfuerzos jurídicos del ente acusador al propender por el estudio de fondo por parte de la Jueza A quo de la solicitud de preclusión por las causales subjetivas determinadas en el artículo 332, lo anterior por las siguientes razones:

Para el nuevo sistema, – acusatorio oral- la ley otorga de forma irrestricta a la Fiscalía General de la Nación la titularidad de la acción penal, al definirse unos roles que en el sistema anterior se confundían, esto es, la Fiscalía adquiere de forma única la función de acusador. De allí se desprende que está en cabeza del citado ente la persecución y judicialización de las conductas que se enmarquen dentro del estatuto punitivo. De igual manera y en atención a que este órgano del estado adelanta las investigaciones y lleva a juicio, está facultado para cesar en la persecución penal, pero ya con la garantía que no lo hace de forma unilateral – como acaecía en el sistema anterior- sino que debe de acudir al Juez de conocimiento – conforme a los factores de competencia – para que este autorice tal retiro de esfuerzos investigativos.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la aplicabilidad de las causales de preclusión en la sentencia C-920 de 2007, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, y en dicha decisión fue muy clara en indicar lo siguiente:

> "4.3. El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (Arts. 331 y 332 inciso 1°) se presenta *(i)* durante la investigación (aún desde la fase previa), hasta antes de que el fiscal presente el escrito de acusación[7], *(ii)* se puede formular con

[7] Conviene recordar que mediante sentencia C- 591 de 2005, la Corte declaró la inexequibilidad parcial del artículo 331 que regula la figura de la preclusión. En aquella oportunidad se pronunció respecto de la expresión " *a partir de la formulación de imputación"* que determinaba la oportunidad a partir de la cual el fiscal debía solicitar al juez de conocimiento la preclusión. Para la Corte dicha expresión posibilitaba que en fase previa a la formulación de imputación, fuese el fiscal quien *motu proprio*declarara la preclusión, opción que riñe con el nuevo modelo de investigación que radica en el juez, - de garantías o de conocimiento - las funciones típicamente jurisdiccionales, por lo que declaró su inexequibilidad. En aquella oportunidad dijo la Corte: *"Ahora bien considera la Corte que en*

fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas en el artículo 332[8], y *(iii)* el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el fiscal."

La segunda, (Parágrafo Art. 332) puede presentarse *(i)* durante el juzgamiento, *(ii)* únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª)[9] de las causales previstas en el artículo 332, y *(iii)* los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa."

También expresó la anterior decisión que:

"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

---

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 toma da 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.* Esta determinación sin embargo, no afecta en absoluto el presente pronunciamiento dado que sería, al aspecto funcional, vale decir, a la delimitación de funciones entre el fiscal y el juez respecto de decisiones que ponen fin al proceso y que por ende son típicamente jurisdiccionales; en tanto que el presente atañe al aspecto material, es decir a los motivos que ameritan la preclusión y a la oportunidad en que dependiendo de su naturaleza pueden ser invocados.

[8] ARTÍUCLO 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.3. Inexistencia del hecho investigado.4. Atipicidad del hecho investigado. 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

[9] (...) 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. (...) 3. Inexistencia del hecho investigado.

> de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal[10]. Así mismo, puede sur
> gir 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 querella respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad"

La Corte Constitucional fundamentó su criterio en que por las causales 1 y 3 aludidas se consideraba innecesaria la continuación del juicio, debido a que la situación sobreviviente "*tiene la virtualidad de sustraer íntegramente la materia sobre la cual habría de recaer el debate*". Y puntualizó que había surgido la tesis que lo que caracterizaba estas causales, admisibles durante el juzgamiento, es su naturaleza objetiva, cuya constatación no demandaría juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas.

Y fue clara en establecer que "*La regulación impugnada excluye así la posibilidad de propiciar un pronunciamiento anticipado del juez de conocimiento por la vía de la preclusión, en la fase de juzgamiento, aduciendo la configuración de una causal de exclusión de la responsabilidad;*[11] *la atipicidad del hecho investigado*[12]*; la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado*[13]*.*

---

[10] En providencia de julio 1° de 1980 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP. Alfonso Reyes Echandía, se contempla una pormenorizada casuística sobre los diversos eventos que estructuran las causales que dan lugar a la preclusión de investigación y a la cesación de procedimiento, figura ésta prevista en normatividades anteriores y fundada en las mismas causales de aquella.

[11] De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, no habrá lugar a responsabilidad cuando se actúe bajo los siguientes supuestos: 1. Caso fortuito y fuerza mayor; 2. Con el consentimiento válidamente emitido del titular del bien jurídico, en los casos en que es posible disponer del mismo; 3. En estricto cumplimiento de un deber legal; 4. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente; 5. En ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; 6. Por la necesidad de defender, proporcionadamente, un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente (legítima defensa) ; 7. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado o no tenga el deber jurídico de afrontar; 8. bajo insuperable coacción ajena; 9. Impulsado por miedo insuperable; 10. Con error invencible sobre la tipicidad del hecho, o sobre la concurrencia de una causal que excluya la responsabilidad. 10. Con error invencible sobre la ilicitud de la conducta.

[12] Establece el artículo 10 del código penal que la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Si el hecho investigado no se adecúa a esa descripción legal, la conducta deviene en atípica.

[13] El artículo 28 del Código Penal establece que las personas pueden concurrir a la realización de la conducta punible en calidad de autor (quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otros como instrumento), o partícipe (cómplice o determinador).

Lo mismo acontece con las causales consistentes en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Art. 332.6) y el vencimiento del término máximo de que dispone la Fiscalía para acusar, precluir o aplicar el principio de oportunidad (Art. 332.7), causal esta última que como se señaló está específicamente diseñada para ser invocada en la fase de investigación".

Nótese que es la Corte Constitucional quien realiza la interpretación del artículo en comento y cierra las puertas para cualquier tipo de aplicación, pues dicha norma fue declarada exequible en el aparte subrayado del parágrafo que *expresa " Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o y 3o, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión".* Lo anterior motiva a que al haber un pronunciamiento de tipo Constitucional en el cual se realiza el análisis sobre la no aplicabilidad de dichas causales subjetivas en la etapa de juicio, esta Colegiatura se encuentra en imposibilidad legal de realizar un análisis con el fin de inaplicar la norma por inconstitucional so pena de caer en los linderos del ilícito.

Colofón de lo anterior esta Sala de decisión verifica como improcedente que el Juez de conocimiento realice un análisis de fondo sobre la posibilidad de declarar la preclusión con apoyo en causales subjetivas en desarrollo de la etapa de juicio.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión proferida el día 30 de enero de 2014 por el Juzgado Cuarto Penal Del Circuito, en virtud del cual fue declarada improcedente la solicitud de Preclusión dentro del proceso que se sigue en contra del señor Ayan Humberto Cardona Giraldo por la conducta punible de Trafico, fabricación o porte de

Estupefacientes.

SEGUNDO: Devolver el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite atrás ordenado dentro de la causa penal.

Ésta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(con ausencia justificada)

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria