

**RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ**

Magistrado Ponente

AEP: 00056

Radicado N° 49379

Aprobada Acta N° 034

Bogotá D.C, noviembre veintiuno de dos mil dieciocho.

En sesión del pasado 29 de octubre, se llevó a cabo la lectura de la decisión por medio de la cual no se accedió al pedido de preclusión, invocado por la Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en relación con la indagación que se viene adelantando en contra del brigadier general Ricardo Gómez Nieto, por la presunta conducta punible prevista en el artículo 408 del Código Sustantivo Penal.

Al final de la misma, tanto la representante del ente acusador, como la defensa del investigado, interpusieron el recurso de apelación y procedieron seguidamente a la respectiva sustentación. Conocida la impresión de los no impugnantes, como respuesta al traslado concedido, se apresta la Sala a pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de los recursos interpuestos.

Debe indicarse, en primer lugar, que a partir de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, en el numeral 6° del artículo 3°, que modificó a su vez el 235 de la Constitución Política, contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, procede el recurso de apelación, el cual debe ser resuelto por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación.

Si ello es así, como en efecto lo es, la dinámica propia del recurso de apelación para este tipo de decisiones, a las luces de lo previsto en el artículo 178 de la ley 906 de 2004, implica concederlo de manera inmediata, en el evento de una debida sustentación, claro está. Pero, precisamente, frente a la naturaleza de la decisión, en consideración a la parte solicitante, en este caso, la Fiscalía General de la Nación, no habría duda; sin embargo de lo cual quiso la Sala tomarse un tiempo para aclarar los alcances de la impugnación, desde el punto de vista de la defensa, cuando ésta no es titular o no ha ejercitado de manera directa el derecho de postulación.

En efecto, debe recordarse que la solicitud de preclusión fue invocada por la representante de la fiscalía, quien consideró que en este caso se configuraba la causal prevista en el numeral 2° del artículo 332 de la Codificación Procesal Penal, en armonía con el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal.

Desde esa perspectiva, entonces, cuando en la decisión que se viene de comentar, esta Sala negó la preclusión aludida, por supuesto que se activó de inmediato el derecho a impugnar la misma, pues se trata sin duda de una decisión de las previstas en los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, lo que quiere resaltar la Sala en esta oportunidad, que sirva como derrotero además para las eventuales ocasiones en que se presente esta misma situación, es aclarar el alcance de quiénes realmente se encuentran legitimados para la interposición de los recursos ordinarios, en tratándose de negativas de preclusión, cuando quien hace la solicitud es la entidad facultada constitucional y legalmente para el ejercicio de la acción penal, obviamente en las fases de indagación o investigación. Ello, por supuesto, a partir de las directrices que en ese sentido ha formulado de tiempo atrás la Sala de Casación Penal de esta Corporación.

Lo anterior, por supuesto, a partir de las atribuciones que, desde la Carta Política, artículo 250-5, establece para la Fiscalía General de la Nación, en concordancia con lo dispuesto en los preceptos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, para que en cualquier momento de la indagación o de la investigación pueda solicitar la preclusión y, en esa medida, queda legitimada como la que más para interponer los recursos frente a decisiones contrarias a sus pretensiones.

Situación totalmente diferente se presenta en relación con la defensa, quien durante la fase del juzgamiento, por las causales 1 y 3 del artículo 332 idem, podrá realizar tal postulación, razón por la cual, si el estadio procesal es el de la indagación o de la investigación y la postulación la hizo la Fiscalía General de la Nación, como única que podía hacerlo, tanto la defensa como el Ministerio Público carecen de legitimidad para interponer recursos contra la decisión que niega la preclusión en esas fases iniciales del proceso.

Excepcionalmente, tanto la defensa como el Ministerio Público, podrán hacer la solicitud de preclusión durante la fase de indagación o investigación, por vencimiento de términos para la actividad investigativa, conforme con los artículos 175, 294 y 332 numeral 7 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, por cuanto, si la misma ley procesal penal está limitando a la defensa, la posibilidad de solicitar la preclusión a dos eventos específicos y en una fase concreta de la actuación (juicio), además de la excepción antes señalada, mal se haría en habilitarle indirectamente una facultad de acción durante la indagación o investigación, por medio de una impugnación, cuando la postulación solo estuvo y podía estar en cabeza del ente acusador.

El punto ha sido decantado de tiempo atrás por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, como se indicó en apartados anteriores, en el sentido de que la defensa no está legitimada para apelar la decisión por medio de la cual se niega la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

“*La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal (autos del 1º y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente).*

*Así, la regla general respecto de que las providencias interlocutorias, carácter que ostenta la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso, debe ser valorada de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía[[1]](#footnote-1)*.

Y, recientemente, esta Corporación, a través de la Sala de Casación Penal, se ha referido a las limitaciones que tiene la defensa, en cuanto a la posibilidad de solicitar la preclusión, de la siguiente manera:

“*En este sentido, advertida la Sala de la tarea de simple coadyuvancia atribuida a la defensa cuando se trata de la facultad que por ley se atribuye a la Fiscalía para solicitar en la etapa investigativa la preclusión de la acción penal, se ha entendido necesaria consecuencia lógico –jurídica de ello, que similar papel desempeñe en las posibilidades de impugnación, esto es, que al carecer de legitimidad en la pretensión, no puede oponerse de manera directa a la decisión denegatoria y, en consecuencia, su intervención en este caso depende de que la Fiscalía efectivamente controvierta lo resuelto por el A quo, en cuyo caso el traslado para el defensor opera en calidad de no impugnante, limitado por los argumentos del apelante, a fin de coadyuvarlos[[2]](#footnote-2)*.

Así las cosas, debe entenderse la participación de la defensa en el acto de negar la preclusión de la indagación o de la investigación, como actividad simplemente accesoria del trámite[[3]](#footnote-3), motivo por el cual, la argumentación de la defensa dentro de la presente actuación debe tenerse como propia de la coadyuvancia que implica su calidad de no impugnante.

Se quiere significar, igualmente y por último, que según decisión de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) -en la que se desarrolló el ejercicio del derecho de defensa-, resulta perfectamente posible, una vez realizada la petición de preclusión por la Fiscalía, que la defensa coadyuve la misma, traiga a colación una causal no invocada o controvierta los argumentos de los demás intervinientes, para que el juez cuente con mayores elementos de juicio para la decisión que debe adoptar.

En consideración a todo lo anteriormente expuesto, se concederá el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la delegada de la fiscalía, en punto a la negativa de preclusión invocada; pero se deniega el mismo en relación con la intervención de la defensa en ese sentido, por lo que sus manifestaciones deben entenderse como coadyuvancia de las pretensiones de la representante del ente acusador.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

**R E S U E L V E** :

**Primero**: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, en relación con la negativa a la preclusión invocada.

**Segundo**: Negar el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

 Notifíquese y Cúmplase:

 JORGE EMILIO CALDAS VERA

 Magistrado

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

 Magistrado

 ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

 Magistrado

 ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR

 Secretaria

1. Cita que se hace en CSJ, AP2655, Rdo. 49993, de Abril 26/17 [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, AP1880-2018, Rad. 52169, May 9/18 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ídem [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010, por cuyo medio se declaró inexequible la expresión *“en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”,* del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, así: *“En efecto, la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión”.* [↑](#footnote-ref-4)