

El hecho histórico antes del hecho jurídicamente relevante: una reflexión sobre la preclusión por inexistencia del hecho investigado

Por: Donaldo Danilo Del Villar Delgado

La práctica del litigio penal plantea, en ocasiones, problemas que obligan a volver sobre categorías que parecían suficientemente definidas. Una de esas experiencias conduce a formular una pregunta elemental, pero de importantes consecuencias procesales: antes de establecer cuáles son los hechos jurídicamente relevantes, ¿hemos determinado que existe el acontecimiento histórico que pretende ser jurídicamente calificado?

La jurisprudencia penal colombiana ha realizado un importante esfuerzo por depurar la estructura fáctica de la acusación. En ese desarrollo ha distinguido entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, evitando que la Fiscalía sustituya la premisa fáctica de su pretensión por una relación de evidencias. Sin embargo, existe un estadio epistemológicamente anterior que merece una consideración autónoma: el hecho histórico.

El hecho histórico es el acontecimiento que se afirma ocurrido en la realidad. El hecho jurídicamente relevante supone un momento posterior: la selección de aquellas propiedades del acontecimiento que interesan al derecho porque pueden corresponderse con los presupuestos de una determinada norma penal. Solo después resulta posible efectuar el juicio de subsunción y atribuir, si hay lugar a ello, una consecuencia jurídica.

Existe, por tanto, un orden racional que el proceso penal no puede invertir. Primero debe existir un acontecimiento en el mundo; luego ese acontecimiento puede ser descrito mediante proposiciones fácticas, seleccionado en aquello que resulta jurídicamente relevante y, finalmente, confrontado con una categoría normativa. Comenzar por el nombre del delito y buscar posteriormente, mediante la actividad probatoria, el acontecimiento capaz de proporcionarle contenido supone invertir la relación entre realidad y derecho.

Esta distinción adquiere especial importancia frente a la causal tercera de preclusión prevista en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004: la “inexistencia del hecho investigado”. La expresión utilizada por el legislador merece atención. No se refiere a inexistencia del delito, ausencia de responsabilidad o imposibilidad de demostrarlo. Sitúa el problema en un plano anterior: la existencia del acontecimiento que constituye el presupuesto fáctico de la persecución penal.

La prueba presupone un hecho; no puede crearlo: una cosa es que exista un acontecimiento histórico claramente delimitado y se discuta si la Fiscalía dispone de elementos suficientes para demostrarlo. Allí existe propiamente un problema probatorio. Otra, sustancialmente diferente, es que, una vez consolidado el objeto procesal, falte dentro de él el acontecimiento histórico autónomo sobre el cual deberían recaer la prueba, la contradicción y, posteriormente, el juicio de subsunción.

La diferencia es epistemológica antes que jurídica. La prueba judicial tiene por objeto proposiciones acerca de hechos. Para discutir racionalmente si una proposición está corroborada, si alcanza determinado grado de probabilidad o si puede tenerse por verdadera dentro del proceso, es indispensable que exista previamente una afirmación histórica susceptible de contrastación. No puede predicarse probabilidad de verdad de la mera denominación jurídica de un delito.

Esta consideración permite delimitar, además, la frontera entre inexistencia y atipicidad. La atipicidad presupone un acontecimiento histórico y cuestiona su

correspondencia con la descripción normativa. La inexistencia plantea una cuestión lógicamente precedente: si existe el presupuesto fáctico sobre el cual podría efectuarse aquel juicio.

El punto puede expresarse en términos sencillos: el derecho califica la realidad; no la constituye.

Cuando la ausencia se torna procesalmente definitiva: el problema adquiere una dimensión particularmente interesante cuando la defensa advierte, durante la audiencia de formulación de acusación, que falta la concreción de un determinado acontecimiento histórico y formula las correspondientes observaciones.

El artículo 339 de la Ley 906 de 2004 contempla precisamente esa oportunidad para que el fiscal aclare, adicione o corrija el escrito de acusación. Mientras ese momento procesal permanece abierto, la acusación todavía se encuentra en formación. La defensa puede advertir una deficiencia, pero no puede afirmar todavía que esta permanecerá en la configuración definitiva del objeto procesal.

La cuestión cambia cuando la Fiscalía, advertida expresamente de la deficiencia, decide mantener su construcción fáctica. La Sala de Casación Penal ha señalado que “si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será”, y ha precisado que el juicio solo puede recaer sobre hechos jurídicamente relevantes incorporados por la Fiscalía en la premisa fáctica de la acusación (CSJ, SP10803-2017, rad. 45446, 24 de julio de 2017).

La consecuencia merece ser examinada con detenimiento. La Fiscalía es titular de la pretensión acusatoria y dispone de una oportunidad procesal específicamente prevista para delimitarla. Si, formuladas las observaciones, decide no incorporar el acontecimiento faltante, debe asumir las consecuencias jurídicas de la acusación que finalmente decidió sostener. Ni el juez puede construir materialmente aquello que el acusador omitió ni la actividad probatoria posterior puede utilizarse para completar retrospectivamente el objeto fáctico del proceso.

No siempre es necesario esperar la sentencia. Podría objetarse que cualquier deficiencia de esta naturaleza debe resolverse en el juicio y que será allí, después de practicadas las pruebas, cuando la Fiscalía soporte las consecuencias de una eventual insuficiencia de su teoría del caso.

Esa respuesta es correcta cuando existe un hecho histórico delimitado y la controversia recae sobre su demostración. No necesariamente lo es cuando falta el propio acontecimiento que debería constituir objeto de prueba. Confundir ambos supuestos significa tratar como problema de suficiencia probatoria aquello que, en realidad, puede ser un problema previo de existencia del objeto procesal.

La Ley 906 ofrece una respuesta que no debe perder eficacia. El parágrafo del artículo 332 mantiene durante el juzgamiento la posibilidad de solicitar la preclusión por las causales primera y tercera y legitima expresamente a la defensa para hacerlo. Esta previsión permite examinar, desde una perspectiva procesal y epistemológica, la relación entre inexistencia del hecho investigado, delimitación del objeto procesal y objeto de prueba, sin necesidad de diferir necesariamente esa constatación hasta la culminación del juicio.

Es aquí donde aparece una posibilidad interpretativa que merece mayor elaboración doctrinal. Lo sobreviniente no tendría que consistir necesariamente en que un acontecimiento que existía haya dejado posteriormente de existir, conclusión ontológicamente problemática. Puede consistir en que la inexistencia del hecho investigado se torne procesalmente constatable de manera definitiva una vez agotada la oportunidad de la Fiscalía para delimitar su acusación.

Mientras la acusación puede ser aclarada o corregida, existe una deficiencia susceptible de integración. Cuando esa oportunidad concluye y la Fiscalía mantiene su construcción, existe ya un objeto procesal definitivamente configurado. Es sobre este último, y no sobre una acusación todavía en formación, que puede efectuarse el juicio acerca de la inexistencia previsto en el numeral tercero del artículo 332.

Congruencia fáctica y límites de la actividad probatoria: la congruencia fáctica proporciona una razón adicional. Una vez cerrada la acusación, la audiencia preparatoria no puede convertirse en el escenario para introducir, mediante solicitudes probatorias, el acontecimiento histórico omitido. Mucho menos puede el juicio utilizarse para construirlo a partir de aquello que vaya revelando la práctica de la prueba.

La razón es estructural. La prueba presupone el hecho que constituye su objeto. Su función consiste en suministrar razones para aceptar o rechazar proposiciones fácticas previamente delimitadas, no en producir retrospectivamente la proposición que debía ser demostrada.

Permitir lo contrario alteraría la lógica del proceso acusatorio. La acusación dejaría de fijar aquello que debe probarse y pasaría a ser apenas una hipótesis abierta susceptible de adquirir contenido a medida que avanzara el juicio. La defensa, a su turno, ya no controvertiría una imputación histórica determinada, sino un universo potencial de acontecimientos cuya configuración definitiva dependería de los resultados de la prueba. Ese modelo resulta difícilmente conciliable con la congruencia, la contradicción y el conocimiento previo de la acusación.

Por eso puede afirmarse que la prueba puede demostrar el hecho acusado, pero no puede crear el hecho que la acusación no contiene.

La dimensión depuradora de la causal tercera: esta interpretación requiere una delimitación rigurosa. No toda acusación incompleta configura inexistencia del hecho investigado. Tampoco puede utilizarse el numeral tercero del artículo 332 para anticipar discusiones sobre tipicidad, responsabilidad o suficiencia probatoria que corresponden al juicio.

La hipótesis que aquí se propone es más estricta. Cuando, definitivamente delimitado el objeto procesal, falta el acontecimiento histórico autónomo que constituye el referente material de uno de los delitos acusados, puede configurarse un problema de inexistencia del hecho investigado y no simplemente una debilidad probatoria que deba esperar hasta la sentencia.

La distinción es determinante. Si el hecho existe pero las pruebas son insuficientes, corresponde discutir su demostración. Si el hecho existe pero no satisface los elementos de la norma, el problema pertenece a la tipicidad. Pero si dentro del objeto procesal definitivamente configurado falta el acontecimiento histórico autónomo sobre el cual deberían recaer ambos juicios, la cuestión pertenece a un estadio anterior y puede encontrar respuesta en la causal de inexistencia del hecho investigado.

Entendida de esta manera, la preclusión cumple una genuina función de depuración. El juicio oral está instituido para determinar racionalmente si determinados hechos previamente delimitados pueden tenerse por probados. No parece compatible con esa función utilizarlo para descubrir, completar o construir el acontecimiento que debía constituir previamente su objeto.

La reflexión regresa así a su punto de partida. Antes de determinar qué norma resulta aplicable es necesario establecer qué acontecimiento se afirma ocurrido. Antes de preguntarse si puede demostrarse, debe saberse qué pretende demostrarse. Y antes

de someter a una persona a juicio por un delito debe existir un hecho histórico susceptible de prueba, contradicción y decisión.

Podría sostenerse que la inexistencia del hecho constituye una cuestión demasiado trascendente para decidirse antes del juicio y que cualquier insuficiencia de la acusación debe proyectar sus consecuencias sobre la sentencia. El argumento es atendible, pero presupone que existe un acontecimiento histórico delimitado cuya demostración está pendiente. Cuando lo que falta dentro del objeto procesal definitivamente configurado es precisamente ese acontecimiento, la cuestión no pertenece todavía al juicio de prueba, tipicidad o responsabilidad; pertenece a la determinación de aquello que puede ser objeto de prueba y juzgamiento.

La audiencia preparatoria permite advertir con especial claridad esa diferencia. Para decidir sobre pertinencia debe existir previamente un tema de prueba. No parece compatible con la estructura acusatoria admitir que un acontecimiento ausente de la premisa fáctica pueda ingresar al proceso por conducto de la solicitud probatoria y adquirir luego configuración histórica durante el juicio. Ello invertiría la relación epistemológica entre hecho y prueba: la actividad probatoria está llamada a suministrar razones para aceptar o rechazar proposiciones fácticas previamente determinadas, no a construir retrospectivamente la proposición que habrá de justificar.

Desde esta perspectiva, la intervención judicial anterior al juicio no necesariamente comporta un control material de la acusación ni una anticipación de la sentencia. Puede cumplir una función diferente: constatar los límites objetivos de una acusación ya cerrada y extraer las consecuencias que el propio ordenamiento atribuye a la inexistencia del hecho investigado. Interpretar que esa cuestión debe diferirse siempre hasta la sentencia suscita, además, una dificultad de efecto útil: ¿qué función conservaría la legitimación que el párrafo del artículo 332 reconoce expresamente a la defensa para promover durante el juzgamiento la preclusión por la causal tercera? La respuesta no puede consistir en anticipar el juicio, pero tampoco en convertir esa potestad legal en una institución prácticamente inaplicable, pues, aunque la acusación puede formular una pretensión acerca de la realidad, no puede conferir existencia al hecho por el solo acto de acusarlo.