



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas.

Radicado: 2021-15277

Aprobado mediante acta: 70

Medellín, junio siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Se resuelve el recurso de apelación presentado por la fiscal 153 seccional contra el auto proferido por la Juez Tercera Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad, el pasado 4 de abril, mediante el cual se negó una prueba testimonial y documental en el proceso que se adelanta en contra del señor **Joan Felipe García Jaramillo**, como presunto autor del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

En audiencia realizada el 20 de enero del presente año, el señor **García Jaramillo** fue acusado como autor del delito

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el artículo 376, inciso tercero, del Código Penal, verbo rector conservar, con los siguientes hechos descritos en el escrito de acusación:

El día 21 de septiembre de 2021, aproximadamente a las 17:25 horas, en la carrera 65E con calle 25A, sector "LA FINQUITA" del barrio Trinidad de la ciudad de Medellín, fue capturado en flagrancia el señor JOAN FELIPE GARCIA JARAMILLO conservando sustancia estupefaciente, M1 una bolsa plástica color negro que contiene en su interior 15 bolsas plásticas transparentes con cierre hermético que contienen una sustancia rocosa similar a la base de coca, y M2 una bolsa plástica color negro que contiene en su interior 200 bolsas plásticas transparentes con el cierre hermético, las cuales en su interior contienen una sustancia rocosa similar a la base de coca.

La sustancia fue sometida a prueba de PIPH arrojando positivo para cocaína y sus derivados en un peso neto de 115,6 gramos.

También se le incauto a JOAN FELIPE una hoja de papel color blanco con lo que parece ser cuentas de la posible venta de estupefacientes, la suma de dieciséis mil pesos (\$16,000) en efectivo y un celular marca Huawei MYA-L03 de color blanco con numero de IMEI 862650036932894.

Previo a la captura una ciudadana, que no se identificó, indico a los policías captadores que el imputado se encontraba vendiendo estupefacientes en la carrera 65E con calle 25A.

2. La solicitud de la prueba.

La audiencia preparatoria se realizó el 4 de abril último, en la cual la fiscal solicitó, en lo que es objeto de impugnación, el testimonio del patrullero Carlos Andrés Rivera Agudelo,

servidor de policía judicial, quien realizó varios actos urgentes y las diferentes consultas de antecedentes judiciales del acusado. También consultó las anotaciones que al ciudadano le figuran en el SPOA y adelantó las diferentes solicitudes de actos urgentes y explicó que con este servidor pretendía ingresar *“la muestra de lo que puede ser la actividad delictiva del señor Joan Felipe García relacionada con este caso de tráfico de estupefacientes o porte estupefacientes, de manera pues que como él realizó esas consultas allí se podrá ver la cantidad de veces en que se ha realizado reincidencias en este tipo de conductas, desde cuándo el ciudadano viene desarrollando conductas o actividades relacionadas con este tipo penal y encuentra entonces la Fiscalía pertinente para mostrar su modo de realización de la conducta dentro de un tiempo y un espacio territorial específico, por eso solicito se decrete este testimonio pues es útil para fortalecer la teoría del caso de la Fiscalía”*.

3. La decisión.

La Juez negó la práctica del testimonio.

Explicó que su pertinencia y conducencia pareciera hablar más de una tendencia, de unas actividades que en primer momento, si fueran anotaciones, el procesado continuaría teniendo la presunción de inocencia, entonces no se podría tener como prueba porque no se sabe en qué condiciones terminaron o van a terminar las mismas, y si son antecedentes, la pertinencia y conducencia no se indicó que fuera para demostrar una causal de mayor punibilidad, y la

acusación no se hizo en ese sentido, entonces eventualmente en la audiencia de individualización de la pena la Fiscalía tendrá la posibilidad en su momento de allegar esos antecedentes para los efectos pertinentes.

Resaltó que se está en un derecho penal de acto no de autor, y por lo tanto esa "tendencia" que indicó la Fiscalía no se puede tener en cuenta porque se está judicializando solamente un acto de una fecha específica, por lo que consideraba que no se trataba de una prueba conducente ni pertinente, para ilustrar en juicio "la tendencia" del acusado.

En consecuencia, tampoco decretó la prueba documental relacionada con los antecedentes penales y anotaciones en el sistema de información de la fiscalía, por las mismas indicaciones que se hicieron en el peritaje, tendientes a probar precisamente esos antecedentes y anotaciones, porque la Fiscalía no lo mencionó en su acusación como un hecho jurídicamente relevante, ni en la calificación jurídica para efectos de demostrar una causal de mayor punibilidad.

4. La impugnación.

La fiscal interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión acerca de la negativa de la práctica del testimonio del patrullero Carlos Andrés Rivera Agudelo y el uso para refrescar memoria de los documentos de antecedentes penales que aparecen en el oficio de la SIJIN, y las anotaciones que le registren a este ciudadano en el

sistema de la Fiscalía que fueron consultadas por dicho patrullero, indicadas en el escrito de acusación.

Indicó que al momento de solicitar la prueba fue clara al manifestar que se demostraría el modo de realización de esta conducta de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* por parte del acusado, y ese modo de realización está encuadrado dentro de un tiempo y un espacio, es decir con el lugar donde se realizó esa captura y en el cual se realizaron otras aprehensiones por el mismo delito, no para que se tenga en cuenta para juzgarlo como un reincidente, pues es claro que se trata de un derecho penal de autor y no de acto.

Considera que de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede mostrar un *modus operandi* para la realización de la conducta y para poder demostrarlo tiene que retomar actuaciones anteriores en las que el acusado fue hallado responsable de ese delito, y es importante porque se tiene información de la reincidencia de este ciudadano en ese mismo lugar, puesto que es una actividad que él durante varios años ha venido realizando en el mismo lugar de la captura, en el mismo sector, entonces con eso la Fiscalía pretende soportar su teoría del caso específicamente frente a los hechos del 21 de septiembre de 2021, concluyendo que no pretende que se le condene por lo que ya fue declarado responsable.

5. No recurrentes.

5.1. La Procuradora no realizó ningún pronunciamiento.

5.2. El Defensor solicitó se confirme la decisión. Expuso que de manera general, las decisiones del juez se hacen conforme a las peticiones realizadas por la parte y en este caso le llamó la atención que la fiscal al momento de interponer el recurso agregó información que no había dado en su solicitud, para que de esa manera como contraparte pudiera hacer las respectivas observaciones.

Resaltó que lo que considera agregó la fiscal es que pretende acreditar que su representado ha sido capturado en el mismo lugar donde fue aprehendido ese 21 de septiembre, y al hacer ese tipo de observación se está añadiendo algo que desconocía, entonces considera que no le debe asistir la razón a la fiscal, primero, porque hay una línea muy delgada frente al indicio y el derecho penal de acto, y por ello se debe juzgar es por el acto y no por la "tendencia" y, segundo, respecto al concepto de indicio que se pretende esbozar, considera que las consecuencias jurídico penales que se desprenden de una mala petición devienen con la respuesta que dio la Juez. Le parece que si se analiza la solicitud, se va a observar la forma en que se pidió la prueba es muy distinta a la de la sustentación de la apelación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que le corresponde a esta Sala resolver reside en si resulta correcta la negativa de un testimonio con el que se pretende utilizar o incorporar diversos antecedentes penales y anotaciones del enjuiciado, para demostrar, según dijo la fiscal, la actividad delictiva del señor **Joan Felipe**

García Jaramillo relacionada con el tráfico o porte de estupefacientes, por su reincidencia "*en el tiempo y en el espacio*", argumento que debemos indicar se opone a la manifestación general de la defensa en cuanto a una indebida apelación, por una supuesta sustentación disímil al contenido de la petición inicial, por lo que procederemos a su solución.

En este caso, recordemos que la decisión de la primera instancia se centró en privilegiar el derecho penal de acto para negar el testimonio del patrullero Carlos Andrés Rivera Agudelo, en cuya negativa se incluyó los sendos documentos de antecedentes penales del acusado.

Para la Sala esta solución no resulta adecuada.

En el sistema penal acusatorio que nos rige opera como principio edificante la libertad probatoria, que está definida en los siguientes términos en el artículo 373 del C.P.P.: "*Los hechos circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán **probar con cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos***"¹, teniendo entonces la parte la posibilidad de demostrar esos hechos con cualquier prueba legal y lícita, que en todo caso ingresa a la actuación para ser examinada en su conjunto, según el artículo 380 de la misma norma².

¹ Negrilla nuestra.

² **ARTÍCULO 380. CRITERIOS DE VALORACIÓN.** Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

En este sentido, hemos dicho que resultan conducentes y pertinentes las pruebas que se practiquen en el juicio con la finalidad de demostrar del acusado un patrón de conducta o *un modus operandi* en similares delitos, como lo resaltó la fiscal en este caso, siendo admisible que con esta orientación se traigan otros hechos juzgados en escenarios judiciales pero acoplados con ese hilo conector con el que se juzga, perspectiva propia de un derecho penal de acto y no de autor, especialmente si se tiene en cuenta que en este tipo de conducta punible, *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, la Fiscalía tiene la obligación de conectar el verbo rector con una finalidad de expendio, conforme lo exige actualmente la línea jurisprudencial, incluso para descartar la posibilidad del propio consumo o abastecimiento, teniéndose además en cuenta los hechos jurídicamente relevantes expuestos en el escrito:

“También se le incautó a JOAN FELIPE una hoja de papel color blanco con lo que parece ser cuentas de la posible venta de estupefacientes, la suma de dieciséis mil pesos (\$16,000) en efectivo y un celular marca Huawei MYA-L03 de color blanco con número de IMEI 862650036932894.

Previo a la captura una ciudadana, que no se identificó, indicó a los policías captores que el imputado se encontraba vendiendo estupefacientes en la carrera 65E con calle 25A.”

Es que, contrario a lo manifestado por la Juez y por la defensa, no se le está juzgando al señor **Joan Felipe** por unos hechos ajenos a los presentados en la acusación, sino que conforme al debido proceso probatorio, se le debe permitir a la fiscalía demostrar su teoría del caso de reincidencia del procesado “*en el tiempo y en el espacio*” para

tratar de evidenciar un patrón en las actividades delictivas de porte de estupefacientes, que al parecer desde hace algunos años ha venido realizando el enjuiciado en el mismo sector en que fue capturado.

Finalmente, frente a la distinción que hizo la Juez acerca de antecedentes penales y anotaciones judiciales mencionados por la fiscal en la audiencia, para en relación con estos últimos darle preponderancia al principio de presunción de inocencia, ello podrá ser objeto de valoración acerca de su nivel de persuasión en la sentencia.

En conclusión, observamos un mínimo de pertinencia que, desde luego, es provisional, pues su acreditación y trascendencia se verificará en el juicio por la parte procesal y el Juez procederá a la valoración de la prueba en forma individual y su proyección con el resto de lo practicado y aducido.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**

RESUELVE

REVOCAR el auto que por apelación se revisa y, en su lugar, decretar el testimonio del patrullero Carlos Andrés Rivera Agudelo y la consecuente prueba documental, acorde con la metodología y forma anunciada por la fiscal.

Se informa que contra la presente decisión no proceden recursos.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN