

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 0500160 00000 2023-01696

Acusado: Yorfi Antonio Espinosa

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Decisión: Rechaza recurso

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Aprobado en acta No. 76

Medellín, seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023).

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la decisión proferida el 5 de junio de 2023, por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, de no acceder a decretar la preclusión.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron narrados por la fiscal en los siguientes términos:

“... Tuvieron origen el día 22 de enero de 2023 donde (sic) siendo aproximadamente las 21:45 horas, se encontraba (sic) realizando labores de patrullaje los funcionarios de la Policía Nacional sobre la calle 25C carrera 78 vía barrio Paris de Bello, encuentra (sic) a una persona que se desplazaba por este sector se le realiza un registro a esta persona y se le encuentra (sic) en el interior de su chaqueta 67 papeletas envueltas en papel color amarillo con características similares al clorhidrato de cocaína y 66 cigarrillos con sustancia vegetal con características similares a la marihuana”

La prueba preliminar homologada arrojó como resultado en peso neto de 26.8 gramos de cocaína y sus derivados, y 89 gramos de marihuana.

Por tal suceso, el 23 de enero de 2023 ante Juez de Control de Garantías, se adelantaron las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación, endilgándose a Yorfi Antonio Espinosa la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes verbo

rector *“llevar consigo”* –Art. 376 inc. 2 del CP-, no hubo allanamiento a cargos y se declinó de la petición de imposición de medida de aseguramiento, ordenándose su libertad inmediata.

Posteriormente, la fiscal radicó solicitud de preclusión, correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín.

En audiencia del 5 de junio de 2023, la fiscal pidió la preclusión por atipicidad del hecho investigado –art. 332 numeral 4 del CP-, ello por cuanto, de acuerdo a los elementos probatorios recaudados no le es posible demostrar que el procesado estaba haciendo algún tipo de transacción que evidenciara venta de estupefacientes, y por el contrario de la información obtenida se extrajo que cuando fue capturado se encontraba solo y podía ser un consumidor, por tanto, al no poderse probar la finalidad de venta, debe precluirse la investigación. Tal pretensión es coadyuvada por el defensor.

3.- DECISIÓN

El juez de instancia negó la preclusión, al considerar que según el informe de captura el procesado fue aprehendido cuando se encontraba caminando por un sector donde no había cámaras y donde tiene injerencia la banda delincuenciales *“Los del Doce”*, además, del documento de consulta de antecedentes se evidencia que tiene dos anotaciones por porte de estupefacientes, la de este proceso y una del 22 de abril de 2018, lo cual impone que la fiscalía realice más verificaciones, como si en el sitio expenden alucinógenos y si la sustancia que portaba en efecto era para su consumo o se trata de un vendedor.

Por tanto, no teniendo certeza en cuanto a si se trata de un consumidor o traficante, y existiendo la posibilidad de acopiar elementos de juicio para despejar tal duda, no accede a la petición.

4.- MOTIVO DE APELACIÓN

La fiscal manifestó que carece de interés para recurrir, mientras que el defensor apeló solicitando se revoque la decisión, al considerar que si existen dudas deben resolverse en favor de su prohijado, además debe tenerse en

cuenta que al ser consumidor de estupefacientes lo más probable es que se vaya a abastecer en el mismo sitio siempre, y la cantidad incautada puede ser su dosis de aprovisionamiento.

Aludió a que se trata de un lugar de expendio y por ende su representado fue a comprar allí, entonces, no teniendo el ente acusador cómo probar la finalidad de distribución o venta, estando en este momento procesal con la obligación de demostrarlo con probabilidad de verdad se debe acceder a la preclusión.

Como no recurrente, la fiscal manifestó que le es difícil probar el ánimo de venta del procesado, ya que no cuenta con elementos que le permitan acreditar una situación diferente al consumo.

5.- CONSIDERACIONES

La Sala se abstendrá de conocer la apelación, debido a que la defensa carece de interés para recurrir, conforme pasa a explicarse:

La solicitud de preclusión fue invocada por la fiscal al considerar que se estructuraba la causal prevista en los numerales 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pero fue negada por el juez de instancia, sin que el ente acusador hiciera uso de los recursos de ley, interponiendo la alzada el defensor de Yorfi Antonio Espinosa.

Y al respecto, pacífica y reiterada ha sido la jurisprudencia, en lo tocante a la legitimidad de la defensa para interponer los recursos de ley en aquellos eventos donde el facultado para requerir la preclusión es la fiscalía; así lo ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“La Fiscalía General de la Nación, es el ente, por excelencia, facultado para el ejercicio de la acción penal, conforme con el artículo 250 de la Carta, en armonía con lo dispuesto en los artículos 231 y 232 de la Ley 906 de 2004 y, en ese mismo sentido, está autorizada para solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la indagación o la investigación cuando advierta que no concurren los elementos necesarios para acusar.

En sentido diverso ocurre con la defensa, la cual se encuentra autorizada para demandar la preclusión, únicamente, en los siguientes eventos:
(i) En la etapa de investigación, cuando se vencen los términos previstos en el

artículo 175¹ de la Ley 906 de 2004, esto es, para acusar o solicitar la preclusión, según lo establece el art. 294 ídem²; y (ii) en la fase de juzgamiento, exclusivamente por las causales consagradas en los numerales 1º y 3º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, según lo expresa el parágrafo de esta norma:

*“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”.*

A partir de lo anterior, a la defensa se le limita la posibilidad de interponer recursos en los eventos donde el legitimado para solicitar la preclusión es únicamente la Fiscalía General de la Nación, por conducto de uno de sus delegados.

Ello es así, porque si la propia ley procesal penal restringe a esa parte la posibilidad de pedir la preclusión solo en los dos eventos antes citados, mal se haría en habilitarla, a través de la impugnación, cuando la postulación estuvo en cabeza del ente acusador.

*En relación con este punto, la Corte Constitucional, en sentencia C-648 de 2010, luego de realizar un análisis de la jurisprudencia sobre la preclusión³, la parte o interviniente que puede solicitarla⁴, las causales, la autoridad encargada de resolverla⁵, la etapa procesal y los efectos⁶, concluyó que, en la audiencia de preclusión, las víctimas pueden hacer uso de la palabra para oponerse a la petición del fiscal; para allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física. Por el contrario, el Ministerio Público y la defensa sólo están facultados para intervenir, **“pero carecen de facultades (...) de impugnación”**⁷.*

Por su parte, la Sala de Casación Penal, ha indicado 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”⁸.

¹ “El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria”.

² “Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.

De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.

Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y **la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento”.**

³ Sentencia C-920 de 2007.

⁴ Sentencias C-591 de 2005 y C-806 de 2008.

⁵ Sentencia C-873 de 2003.

⁶ Sentencia C-920 de 2007.

⁷ Resalto fuera de texto.

⁸ Autos de 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.

En ese mismo sentido, en auto AP2655, consideró que las providencias, como la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso y 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”⁹.

Y recientemente, en auto AP1880 de 9 de mayo de 2018, hizo alusión a las restricciones de la defensa para solicitar la preclusión:

“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”¹⁰.”

Lo anterior quiere decir que por regla general es la fiscalía la legitimada para solicitar la preclusión, no obstante, en la fase de juzgamiento pueden también la defensa y el Ministerio Público requerirlo, pero por los numerales 1 y 3 del Art. 332 de la Ley 906 de 2004; así mismo, en tema de recursos si es el ente acusador el petionario, como en este caso, es el único facultado para interponerlos, careciendo de tal facultad las demás partes e intervinientes.

Entonces, en este asunto, el defensor de Yorfi Antonio Espinosa, no tiene interés para recurrir la decisión que niega la preclusión, pues se trata de una petición que realizó la fiscalía, y, por ende, su intervención se limita a coadyuvar u oponerse a la misma, pues de lo contrario se desnaturalizaría la figura, habilitándosele para reclamar y obtener la preclusión, cuando ello solo está permitido al dueño de la acción penal frente a las causales y momentos procesales indicados.

En esos términos, el recurso de apelación será rechazado al carecer el defensor de interés para recurrir la decisión de negar la preclusión de la investigación.

⁹ CSJ, AP2655, Rdo. 49993, de 26 abril de 2017.

¹⁰ CSJ, AP1880 9 mayo de 2018, rad. 52169.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala
Décima de Decisión Penal-**

RESUELVE:

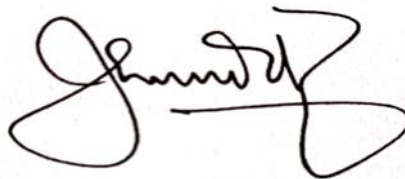
PRIMERO: RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Yorfi Antonio Espinosa, contra la denegación de la preclusión deprecada por la Fiscalía

SEGUNDO: Frente a esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO**