

**Auto interlocutorio segunda instancia**

Acusados: Sebastián Cardona Arrieta

José Daniel Henao Arroyave

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2019 24678

(0252-23)



**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**  
**SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, jueves, treinta y uno de agosto de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0120 del dieciocho de agosto de  
dos mil veintitrés

**Magistrado Ponente**

**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 33 Seccional de Medellín, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 18 de julio de 2023 por el Juez Once Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual negó la preclusión de la investigación solicitada por la representante del ente acusador a favor de los coprocesados SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE, vinculados por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron sintetizados así por la delegada del ente acusador en la audiencia de solicitud de preclusión:

*"Acaecen el 11 de octubre de 2019 a las 18:40 horas aproximadamente en la carrera 64 A con calle 112 A, este es el sector de Toscana, aquí en Medellín, por ahí hay un sector que la policía identifica como "plaza toscana" para hacer referencia como a comercio de sustancias estupefacientes. Refiere la policía nacional que los jóvenes SEBASTIÁN y JOSÉ DANIEL caminaban por ese sector, quienes se notaron nerviosos ante la presencia policial y los jóvenes emprenden la huida por la calle 112 A, hacia un callejón, hay una persecución y los jóvenes ingresan a una vivienda sin nomenclatura, la puerta queda abierta e ingresa la policía, en ese momento JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE se tira por una de las ventanas y es capturado en la parte de afuera del inmueble, y el otro es capturado al interior de la vivienda, esto es, SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA. En la sala de ese inmueble encuentran 7.699,7 gramos netos de marihuana, que estaban dosificada en varias bolsas con 2.580 cigarrillos, sustancia que fue dejada a órdenes de la Fiscalía".*

En diligencias preliminares realizadas el 11 de octubre de 2019, el Juez Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín declaró la ilegalidad del procedimiento de allanamiento o registro voluntario y, por ende, de la captura en flagrancia, razón por la cual los señores SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE fueron dejados en libertad.

**Auto interlocutorio segunda instancia**

Acusados: Sebastián Cardona Arrieta

José Daniel Henao Arroyave

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2019 24678

(0252-23)

La Fiscal 26 Seccional radicó solicitud de preclusión de la investigación invocando la causal 6° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y en audiencia celebrada el 18 de julio de 2023 en el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, luego de hacer un recuento de los argumentos esgrimidos por el Juez Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías al declarar la ilegalidad de la captura y del registro y allanamiento del inmueble, la funcionaria argumentó que, no obstante que los hechos podrían enmarcarse en el supuesto penal regulado en el artículo 376 del código penal, por la cantidad y dosificación de la sustancia incautada, lo cierto es que al no configurarse ninguna de las excepciones a la regla contenida en el artículo 455 del código de procedimiento penal, esto es, la fuente independiente, el vínculo atenuado o el descubrimiento inevitable, refulge consecuente la exclusión de la evidencia ya que proviene de manera exclusiva, inmediata y próxima de la fuente ilícita, que para este evento se trató del ingreso irregular de la policía nacional al inmueble.

De acuerdo con lo anterior, advirtió la delegada Fiscal que se encuentra ante una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de los señores SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE, toda vez que la sustancia estupefaciente es el único elemento material probatorio con el que cuenta para un eventual juicio, agregando que ninguno de los dos jóvenes tiene antecedentes penales.

Los defensores coadyuvaron la solicitud de preclusión aduciendo que se trata de una causal subjetiva debidamente sustentada por la representante del ente acusador.

## **2. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

El juzgador de primera instancia negó la preclusión de la investigación argumentando que la línea jurisprudencial que se ha desarrollado frente a esta problemática no acompaña la tesis expuesta por la delegada de la Fiscalía sobre la exclusión de los elementos materiales probatorios por parte del juez con funciones de control de garantías. Al respecto, citó el siguiente extracto de la decisión de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 36562 del 13 de junio de 2012:

*"Conviene aclarar que la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.*

*Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.*

*Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.*

*En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.*

...

*Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de declararse legal dicho procedimiento.”*

Advirtió que en la providencia N° 26310 del 16 de mayo de 2007, ya la alta Corporación había planteado el anterior criterio, por lo que señaló que fue la misma judicatura la que indujo a ese erróneo entendimiento a la Fiscalía, al aducir el juez de control de garantías que excluía los elementos, pero la verdad es que el funcionario no debió extender esa decisión a ese aspecto porque donde verdaderamente se determina esa situación es en la audiencia preparatoria, en la que la representante del ente acusador deberá, después de adelantar los correspondientes actos de investigación, convencer al juez si es posible configurar ese descubrimiento inevitable, vínculo atenuado o fuente independiente.

Concluyó el a quo indicando que la petición de preclusión se está realizando de manera anticipada, sin que se haya

generado el verdadero escenario del proceso para su resolución que sería la audiencia preparatoria.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**La delegada Fiscal** sustenta su inconformidad aclarando que si bien es cierto el juez de control de garantías no debió extender su pronunciamiento de ilegalidad hasta la exclusión de la evidencia, lo que busca con la preclusión es evitar el desgaste de la administración de justicia, ello teniendo en cuenta que si el Estado se encuentra en una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de dos personas porque razonable no puede llevarlas a un juicio, lo que corresponde es decretar el archivo de la investigación sin importar el momento procesal que se esté cursando.

Adicionó sus razonamientos indicando que así no se hubiese excluido la evidencia, lo cierto es que se presentó una ilegalidad, que ya se encuentra ejecutoriada, en el procedimiento de captura ante la ausencia de la orden de allanamiento y registro, sin que hubiese concurrido alguno de los eventos regulados en el artículo 230 de la Ley 906 de 2004 para que los policiales pudieran ingresar al inmueble sin autorización previa.

Informó que, de acuerdo con lo anterior, no hay forma de prever que a la sustancia incautada se le pueda atribuir alguna de las excepciones reguladas en el canon 455 ibídem, pues no se configura el vínculo atenuado, la fuente independiente ni el

descubrimiento inevitable por cuanto el hallazgo del estupefaciente deriva de manera directa e inmediata del ingreso irregular al inmueble donde quedó claro que no residían los procesados.

Finalmente, la censora aseveró que es cierto que se trata de temas que se pueden abordar en la audiencia preparatoria, pero en este caso no hay razón para iniciar un juicio si desde ya se observa, de manera razonable, que no se cumple con los lineamientos para aducir responsabilidad a los procesados ni validez a la evidencia.

#### **4. LOS NO RECURRENTES**

**El defensor del señor SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA** precisó que la causal que mejor se adecuaría al evento estudiado es la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal ya que de los hechos jurídicamente relevantes y los elementos materiales de prueba que fueron allegados, se evidencia claramente que no se podría endilgar responsabilidad penal a los procesados y el juez de conocimiento tampoco estaría llamado a proferir una sentencia condenatoria, ello ante la falta de certeza probatoria en razón a la situación de ilegalidad que se presentó.

Por su parte, **el defensor del señor JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE** expresó que se debe recurrir al principio de economía procesal porque los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos por la Fiscalía no son suficientes para ir a un juicio y endilgarles responsabilidad a los procesados en el delito

de porte de estupefacientes atendiendo a la ilegalidad decretada desde un inicio del proceso.

## **5. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente este Tribunal para conocer por vía de apelación la providencia proferida por el Juez Once Penal del Circuito de Medellín relacionada con la negativa de decretar la preclusión de la investigación solicitada por la delegada de la Fiscalía. El examen se contraerá exclusivamente a los temas planteados en la impugnación dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

La preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el implicado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente formalmente la acusación con fundamento en

cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda oportunidad se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado) del precepto citado, ocasión en la que están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa. En el caso examinado estamos frente a la primera oportunidad para deprecar la preclusión, en tanto que la Fiscalía no ha presentado la formulación de imputación.

Dentro de este marco legal, examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a estudio de la Sala, advirtiéndose de entrada que le asiste razón a la representante de la Fiscalía en su pretensión porque para este momento procesal no cuenta con elementos materiales probatorios con los cuales pudiera demostrarse la comisión de la conducta punible en cabeza de los señores SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE, lo que se traduce en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de éstos.

Y aunque debe decirse que la causal invocada es la de mayor exigencia probatoria para el ente investigador, pues se trata nada menos que de la aplicación de la duda razonable a favor del indiciado o imputado por fuera del juicio oral en materia de la imputación subjetiva (la objetiva se maneja por las causales 3º y 4º del artículo 332 del ordenamiento procesal penal acusatorio), lo cierto es que por las características propias del presente caso tenemos que en la actualidad la Fiscalía no podría ni siquiera

demostrar la comisión de la conducta punible, por lo tanto tampoco podría hablarse de una tipicidad subjetiva o responsabilidad del sujeto agente, pues acertada resulta la censura cuando aduce que ningún elemento material podría arrimar a un eventual juicio con la finalidad de sacar adelante una acusación ya que de conformidad con la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, el 11 de octubre de 2019, la diligencia de allanamiento y registro carece de legalidad.

Lo anterior implica que todo lo derivado de dicho procedimiento, incluyendo la sustancia estupefaciente incautada, debe ser marginado del proceso penal en atención a la cláusula de exclusión contenida en el artículo 232 del código de procedimiento penal, pues por tratarse de una diligencia que afecta la validez, todo elemento probatorio que sea obtenido en la misma queda contaminado.

La anterior, junto con los artículos 23, 360 y 455 de la Ley 906 de 2004, constituyen el conjunto de reglas que desarrollan el deber jurídico de la exclusión de la prueba ilícita, catalogadas como aquellas que sean consecuencia de las primeras o las que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, en concordancia con el numeral 5º del artículo 29 de la Constitución Política que consagra la nulidad de la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales ya que las mismas no tienen vocación probatoria porque no pueden surtir efectos jurídicos, pues la violación de los derechos individuales no puede ser el fundamento de ninguna decisión judicial condenatoria.

**Auto interlocutorio segunda instancia**

Acusados: Sebastián Cardona Arrieta

José Daniel Henao Arroyave

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2019 24678

(0252-23)

De conformidad con lo anterior, en el sub judice observa la Sala que luego de la decisión adoptada por el Juez Sexto Penal Municipal de Medellín el 11 de octubre de 2019, en desarrollo de audiencia en sede de control de garantías, respecto de la declaratoria de ilegalidad del procedimiento de allanamiento y registro, la Fiscalía se quedó sin ningún elemento material probatorio mediante el cual pudiera sustentar una acusación por cuanto el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes requiere, necesariamente, atendiendo a las características del tipo penal, que se demuestre la existencia de la sustancia estupefaciente, aparte de la destinación o uso de la misma, por lo que al no poder introducir la prueba del comiso y la calidad de lo incautado, dictaminado a través de examen de laboratorio, mal podría hacerse una acusación respecto de dicha conducta.

La Sala coincide con el planteamiento de la censora en punto de que no existe prueba alguna en relación con el hecho punible referido, ya que ni el informe ejecutivo de los agentes que participaron en este, ni el de captura en flagrancia, ni las actas de ingreso voluntario y de incautación de elementos, pueden ser utilizados por cuanto todo ello carece de validez y fueron excluidos jurídicamente del proceso penal, sin que le asista razón a la judicatura de primera instancia cuando sostiene que debe hacerse una valoración probatoria para determinar si la evidencia física es ilegal o no, pues para este momento ya existe una decisión válida, proferida por autoridad competente y en el momento procesal idóneo para ello, que declaró la ilegalidad de lo actuado en la diligencia de allanamiento y registro y por consiguiente, de todo lo que se desprenda de dicha actuación.

Y es que el juez de control de garantías también está facultado legalmente para emitir este tipo de decisiones, de conformidad con el artículo 237 del código de procedimiento penal, por lo que los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía y que ya gozan de una declaratoria de ilegalidad, de manera alguna podrían ser incluidos dentro de una eventual solicitud probatoria, pues se reitera, sobre los mismos ya existe una decisión en firme y que se refiere a su exclusión del presente proceso penal.

Lo expuesto en precedencia es suficiente para concluir que la situación planteada en el caso objeto de estudio encaja perfectamente con la hipótesis planteada en el numeral sexto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, pues el ente investigador carece de elementos materiales probatorios para sustentar una acusación, lo que se traduce en una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia de los implicados, eventualidad que cumple con el criterio jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia para hallar cumplida esta causal de preclusión, pues al respecto se ha sostenido:

*"En este punto cabe aclarar, que el in dubio pro reo se constituye en un argumento válido y pertinente para efectos de demostrar la concurrencia de la causal de preclusión contenida en el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia-, cuya certeza sobre su configuración exige acreditar que: (i) los elementos de convicción hallados no permiten sustentar la acusación –situación entre la que se cuenta, por ejemplo, la imposibilidad de superar el estadio de la duda- y (ii) no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan eventualmente cumplir esa*

*función, o que "ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional"<sup>1</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

Con base en lo anterior la Sala avalará la petición elevada por la Fiscalía General de la Nación referente a la preclusión de la investigación solicitada a favor de los señores SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE respecto al punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que habían sido vinculados a este trámite, razón por la cual se revocará el proveído proferido el 18 de julio de 2023 por el Juez Once Penal del Circuito de Medellín.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## **RESUELVE**

**REVOCAR** la providencia de naturaleza y origen conocidos y en consecuencia **DECRETAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL** que se sigue en esta carpeta en contra de los señores SEBASTIÁN CARDONA ARRIETA y JOSÉ DANIEL HENAO ARROYAVE por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dada la efectiva configuración de la causal 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión no proceden recursos.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, AP6930-2016, radicación N° 45851 del 05 de octubre de 2016.

**Auto interlocutorio segunda instancia**

Acusados: Sebastián Cardona Arrieta

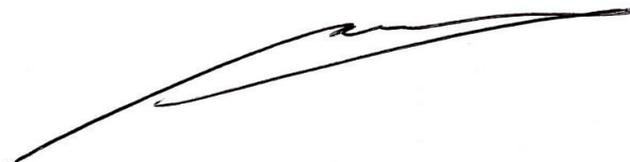
José Daniel Henao Arroyave

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Radicado: 05001 60 00206 2019 24678

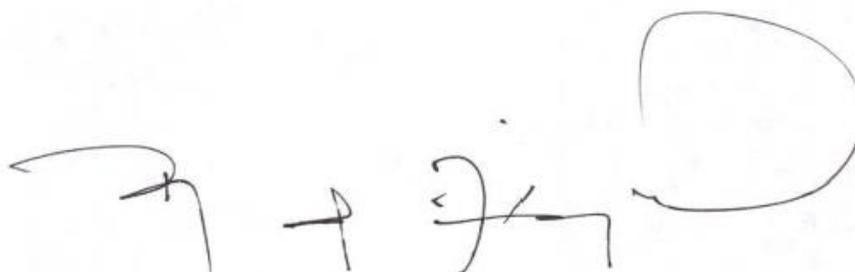
(0252-23)

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ**

Magistrado



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado