

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

AUTO INTERLOCUTORIO No. 061 – 2022
Radicado: 05001-60-00-206-2021-01448 – 2ª Instancia

PROCESADO: JUAN CARLOS VILLAMIZAR HERRERA
DELITO: TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
ASUNTO: APELACIÓN PREPARATORIA
ORIGEN: JUZGADO 2º PENAL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado Acta N° 129)

(Sesión del quince (15) de noviembre de 2022)

Medellín, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022). Fecha de lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado JUAN CARLOS VILLAMIZAR HERRERA, en la audiencia preparatoria desarrollada el 3 de octubre pasado, presidida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Medellín, en la cual solicitó pruebas testimoniales, algunas de las cuales no se decretaron.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

HECHOS. Ocurrieron el martes 26 de enero de 2021, siendo aproximadamente las 17:30 horas, al interior de la Estación de Policía San Cristóbal ubicada en la carrera 131 No. 60D - 47, del corregimiento San Cristóbal de Medellín, cuando JUAN CARLOS VILLAMIZAR HERRERA fue sorprendido llevando consigo sustancia estupefaciente (cocaína con un peso neto de 8,6 gramos, dosificada en 5 bolsas; marihuana con un peso neto de 14.5 gramos y dosificada en 10 cigarrillos

envueltos en papel aluminio; y, la droga sintética, con un peso neto de 4,6 gramos, dosificada en 11 pastillas de clonazepam). El estupefaciente y la droga sintética iban en 3 paquetes de papas que llevaba el acusado para su novia NAYIBE TOBON LARGO, quien se encontraba, para el 26 de enero de 2021, en las instalaciones de la Estación de Policía de San Cristóbal, lugar acondicionado para tener a personas privadas de la libertad, con medidas de aseguramiento o condenadas, por cuenta del INPEC, funcionando de manera similar a un centro de reclusión.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 27 de enero de 2021, ante la Juez Dieciocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se realizó la audiencia de formulación de imputación en contra del señor JUAN CARLOS VILLAMIZAR HERRERA por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, artículo 376 y 384 literal b del Código Penal, cargos que no fueron aceptados por el imputado, a quien no se le impuso medida de aseguramiento.

El 23 de marzo de 2021, la Fiscalía presentó escrito de acusación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (artículo 376 y 384 literal b del Código Penal), cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito de Medellín.

El 3 de noviembre de 2021 se realizó la audiencia de formulación de acusación y tras múltiples aplazamientos, finalmente el 3 de octubre pasado se dio inicio a la audiencia preparatoria, momento en el cual se decidió sobre la práctica de las pruebas solicitadas por Fiscalía y Defensa, a quienes se les admitieron todas las pedidas, excepto los testimonios de JORGE LUIS BUELVAS HERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, solicitadas por la defensa como testigos comunes; frente a esta decisión, la defensa interpuso recurso de apelación.

DECISIÓN APELADA

En punto a la solicitud de la defensa de incorporar los testimonios de los agentes de policía que intervinieron en el procedimiento de captura del acusado, JORGE LUIS BUELVAS HERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, consideró el *a quo* que estos también fueron solicitados por la Fiscalía y admitidos; por tanto, serían testigos comunes, frente a lo cual la jurisprudencia ha establecido que la prueba común es excepcional y solamente puede decretarse en la medida en que se justifique con argumentos sólidos, que los mismos se requieren para probar hechos o circunstancias que no están en el marco de la teoría del caso de la Fiscalía y, por tanto, no son materia del tema del interrogatorio directo, pero que resultan relevantes para la teoría del caso de la Defensa.

Advierte que en este caso la defensa expuso que lo que pretende acreditar con estos testimonios es si WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO estuvo o no en el procedimiento de captura y, además, establecer si las sustancias incautadas o elementos recogidos en la escena de los hechos son los mismos que fueron sometidos a cadena de custodia y posteriormente fueron llevados al almacén de evidencias de la Fiscalía, temas que según indicó la delegada fiscal, están dentro de la temática del interrogatorio directo, de ahí que la argumentación de la defensa para explicar su pertinencia y conducencia, no son válidas para decretarlos como testimonios comunes, porque estos testigos comparecerán al juicio a solicitud de la Fiscalía, pero si eventualmente, por alguna circunstancia, la Fiscalía declina de alguno de ellos, podrán ser llamados por la Defensa para no restringirle el ejercicio de la contradicción. Además, en el conainterrogatorio se le permitirá formular las respectivas preguntas que tengan relación con los temas que sean relevantes y de interés para la Defensa.

Por lo expuesto, el juez accedió a decretar los testimonios de JORGE LUIS BUELVAS HERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, a solicitud de la Defensa, bajo la condición y en el evento en que la Fiscalía decline de hacerlos comparecer al juicio.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El defensor del acusado interpuso recurso de apelación al considerar que los testigos solicitados eran prueba común y por ello en el interrogatorio podría tocar temas que le interesan, pues el concontrainterrogatorio limita el conocimiento que el testigo le pueda dar a la Defensa.

En su sentir, la decisión del *a quo* lesiona el derecho a interrogar al testigo en forma directa, reiterando que el concontrainterrogatorio es limitativo de los temas a tocar. De decretarse los testimonios como prueba común le permitirían una mejor defensa al acusado y, por ende, acreditar su teoría defensiva, máxime cuando la utilidad que le dio la Fiscalía a estos testimonios es diferente de la utilidad que le dio la Defensa.

NO RECURRENTE: La Fiscalía, como sujeto procesal no recurrente, solicita que se deje en firme la decisión del juez frente a los testimonios de JORGE LUIS BUELVAS FERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, pues el defensor podría preguntar sobre los temas de su interés en el concontrainterrogatorio y que también se le dio la posibilidad de que, si la Fiscalía desiste de alguno de ellos, puede llamarlo a juicio e interrogar directamente. Considera que no se está vulnerando el derecho a la defensa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal es competente para conocer de la decisión adoptada por el *a quo*, de conformidad con los artículos 34-1 y 177-4 de la Ley 906 de 2004, la cual es objeto de inconformidad por parte de la defensa, ante la inadmisión del testimonio de los agentes de policía JORGE LUIS BUELVAS FERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, quienes fueron solicitados como prueba común por la defensa.

Acorde al problema jurídico planteado a la Sala en esta oportunidad, es menester indicar que en la etapa de juzgamiento penal le corresponde al juez de

conocimiento ponderar las diferentes solicitudes probatorias atendiendo a los requisitos esenciales que deben cumplir para su decreto, como pertinencia y admisibilidad, así como las reglas para su práctica acorde a la naturaleza del elemento solicitado y los principios que rigen en materia de pruebas: publicidad, intermediación, contradicción, concentración etc.

En cuanto al testimonio de los agentes de policía JORGE LUIS BUELVAS FERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, los que fueron decretados como testigos de cargo, que también fueran solicitados por la defensa como prueba común, es menester indicar que en la etapa de juzgamiento penal le corresponde al juez de conocimiento ponderar las diferentes solicitudes probatorias atendiendo a los requisitos esenciales que deben cumplir para su decreto, como pertinencia y admisibilidad, así como las reglas para su práctica acorde a la naturaleza del elemento solicitado y los principios que rigen en materia de pruebas: publicidad, intermediación, contradicción, concentración, etc.

Resulta relevante resaltar que cuando la Fiscalía solicitó el testimonio de estos dos agentes de policía, argumentó que se trataba de testigos directos de los hechos con los cuales pretende soportar la acusación. Adujo que ellos conocieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue capturado el ciudadano, los cuales manifestarán qué hicieron con el capturado y la sustancia incautada, a órdenes de cual autoridad fueron dejados a disposición y la finalidad diferente al consumo personal de lo que llevaba el acusado.

Mientras que la defensa en su solicitud argumentó la pertinencia y utilidad del testimonio directo del agente JORGE LUIS BUELVAS FERNÁNDEZ, ya que este fue el captor, lo cual le otorga un conocimiento directo de los hechos, que a través de éste pretende demostrar que la sustancia incautada fue recibida sin la debida protección que este tipo de elementos requiere, con ello aportaría una gran duda acerca de la mismidad de la droga incautada frente a la examinada.

En el mismo sentido argumentó la solicitud del testimonio de WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, indicando que es pertinente por cuanto el informe de captura lo

relaciona como testigo de los hechos y es útil porque a través de éste pretende demostrar que el procedimiento de captura no se llevó a cabo en su presencia.

Al respecto vale la pena recordar que el canon 375 del Código de Procedimiento Penal señala:

"Artículo 375. *Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito."*

Acudiendo a una definición dogmática a nivel nacional del concepto de pertinencia, tenemos que: *"es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso."*¹

En lo relacionado con los testigos comunes, la razón fundamental que se esgrimió para su pertinencia es que se quiere hacer prevalecer la teoría del caso de la defensa contraria a la de la Fiscalía, aduciendo que el tema de conainterrogatorio quedaría supeditado a los que aborde la Fiscalía en el interrogatorio directo, situación que vulnera el derecho a la defensa; sin embargo, el fundamento de teorías del caso contrarias no es suficientemente válido para el tema de los testigos comunes, como bien lo enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al precisar que la realización de sendos y sucesivos interrogatorios atenta contra los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria; cuando, se insiste, no se ha demostrado la conducencia de interrogar por aparte a cada uno de los testigos solicitados en común; la relación entre el medio de convicción y los hechos materia de investigación siempre va a estar presente; en caso contrario, no tendría sentido llevarlo a juicio, precisamente por

¹ JARIO PARRA QUIJANO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoctava Edición. Ediciones del Profesional Ltda, 2013, pag. 145.

eso ya fueron decretados como testigos de cargo y frente a los mismos procede la contradicción.

Para una adecuada comprensión del tema, resultan ilustrativas algunas glosas de la jurisprudencia ordinaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el tema enseña:

"...1.1. En lo que se refiere al sustento, por el defensor, de los mencionados requisitos respecto de las pruebas comunes, esto es, las mismas que la fiscalía solicitó para sustentar su propia teoría del caso, la Corte tiene que decir que la justificación fundada en que procede la práctica de dichas pruebas para que la defensa pueda preguntar de manera directa por aquello sobre lo que no interroga la fiscalía, o bien con el fin de precaver un posible desistimiento de su práctica por el ente acusador, no configura un sustento serio, idóneo para satisfacer la exigencia de demostrar a cabalidad los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

La posibilidad de acceder a la práctica de pruebas comunes debe admitirse según criterios de razonabilidad y eficiencia, pues un ejercicio desbordado de tal atribución llevaría a la realización de sendos y sucesivos interrogatorios por ambas partes, cuando lo cierto es que, en principio, puede decirse que el interés del interviniente para servirse de la prueba de su oponente para sus propios intereses se satisface a través de la oportunidad que le asiste de conainterrogar. De suerte que admitir la presentación —como directo— del mismo testigo por cada uno de las partes, de entrada sugiere un evidente menoscabo de los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el conainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

Así, las finalidades de interrogar directamente sobre lo que omite la fiscalía o precaver el desistimiento de la práctica de la prueba por el oponente no son argumentos por sí mismos suficientes para entender como debidamente cumplida la exigencia de acreditar pertinencia, conducencia y utilidad de aquella, menos aún en un sistema en el que la petición probatoria es estrictamente rogada y, en consecuencia, es a ambas partes a quienes compete, según su rol y el interés que les asista, cumplir con suficiencia la carga argumentativa que convenza al director del juicio sobre acreditación de tales exigencias.

Lógicamente, la defensa puede prever los riesgos de que el acusador desista del testimonio, situación que frustrará su posibilidad de tomar parte en el conainterrogatorio. Pero, insiste la Sala, si para conjurar una tal eventualidad la

defensa pretende solicitar también el testimonio como directo deberá ofrecer unos razonamientos de pertinencia, conducencia y utilidad sobre bases distintas a las presentadas por la contraparte, toda vez que —no sobra repetirlo— su particular interés para practicar la prueba (el cual deviene del distinto rol que cumple en el proceso) no puede fundarse en el acaso o en situaciones hipotéticas o inciertas.

Ahora bien, que el acusador desista de la práctica de un particular testimonio, generando de manera inevitable que su contraparte no pueda intervenir en el contrainterrogatorio, no vulnera, en principio, el debido proceso probatorio ni el interés de la defensa. Dicha conclusión encuentra su razón de ser en el respeto al principio de igualdad de armas, pues si la fiscalía renuncia a la oportunidad de emplear al testigo para fundar la tesis condenatoria, entonces naturalmente la defensa no tendrá interés en oponerse a una prueba de cargos que no se configuró. Téngase en cuenta que la actividad de controversia que ejerce la defensa es la reacción a una pretensión acusatoria previa: no concretándose la prueba incriminatoria no cabe lógicamente la posibilidad de controvertirla.

Es precisamente por lo anterior que si la defensa pretende servirse de la prueba común debe hacerlo con argumentos de justificación de pertinencia, conducencia y utilidad distintos a los que propone el acusador.

Tampoco cabe predicar a favor de la defensa una especie de "presunción de pertinencia, conducencia o utilidad" de unas particulares pruebas que reclama, por el solo hecho de que la fiscalía las pidió en primer lugar. Menos aún resulta permitido justificar su práctica —como lo pretende el apelante— con fundamento en que su importancia "emerge de la naturaleza misma del escrito de acusación", como si ese razonamiento le correspondiera elaborarlo al funcionario judicial, pues, insiste la Sala, la carga demostrativa la deben cumplir ambas partes sin excepción.

Otra razón que permite desestimar la supuesta presunción de pertinencia del testimonio común es que aun cuando puede decirse, en general, que a la fiscalía, por una parte, y al procesado y su defensor, por la otra, les asiste un interés diverso en el resultado del proceso, debe tenerse en cuenta que en el tema probatorio los oponentes pueden tener afinidad de intereses (prueba de ello es el instituto de las estipulaciones). Por tanto, no es válido concluir que como el acusador demuestra el interés que le asiste para que se decrete una determinada prueba, entonces a la defensa necesariamente le debe asistir también interés en su práctica para sustentar (en sentido inverso) su teoría del caso, quedando así relevada de acreditar las exigencias de procedencia.

De allí que no quepa predicar, como así lo hace el apoderado de las víctimas y lo sugiere el apelante, la existencia a favor de la defensa de la aludida "presunción de pertinencia" de las pruebas que ya pidió el acusador, como si al juez de conocimiento le correspondiera desarrollar el deber de justificación que solamente les compete a las partes. Si así fuera, debería admitirse, sin necesidad de justificación adicional, que como la fiscalía demostró suficientemente los requisitos para la práctica probatoria, entonces la defensa queda relevada de hacerlo, pues tal conclusión evidentemente generaría un desequilibrio de las partes, idéntico al que el recurrente pregonaba.

Lo dicho conduce a recavar (sic) que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba "a ver qué pasa" o "por si acaso", pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento —deber que también le corresponde a la fiscalía— qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del conainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.² (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Según lo razonado en apartes anteriores de esta decisión, concluye la Sala que la solicitud de testigos en común deprecada por la defensa no cumple los requisitos de pertinencia y admisibilidad para su decreto, pues no es un argumento suficiente el tener teorías del caso contrarias, por lo cual a la Defensa sólo le interesaría temas relacionados con la presunción de inocencia, los cuales no van a ser objeto de interrogatorio por parte de la Fiscalía; esto sería, como lo enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto como crear una especie de presunción de pertinencia a favor de la Defensa, lo que a todas luces es contrario a los principios que orientan el decreto de las mismas en la sistemática procesal penal adoptada mediante la Ley 906 de 2004, desdibujando de contera el sistema de partes.

En criterio de la Sala, faltó argumentación sobre la pertinencia en la petición elevada por el defensor recurrente, en punto a la necesidad de decretar como prueba común los testimonios de los agentes JORGE LUIS BUELVAS FERNÁNDEZ y WILLIAM FERNANDO ARCILA ARANGO, pues precisamente éstos van a ir al debate probatorio para dar cuenta del conocimiento directo de lo que les consta y según lo manifestado lealmente por la delegada fiscal, ellos darán cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura del acusado y lo que con ellos pretende acreditar la defensa es tema que será abordado en el interrogatorio directo y es allí donde se podrá por la Defensa conainterrogar al

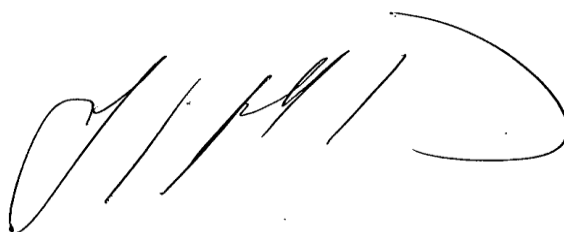
² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia 42.864 del 21 de mayo de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho.

respecto, en su defecto, en el evento de declinar la Fiscalía de estos testimonios, entonces podrá la Defensa llamarlos al juicio para interrogar directamente.

Son suficientes estas reflexiones para concluir que la solicitud de testigos comunes no está llamada a prosperar.

En mérito de lo expuesto y sin necesidad de realizar mayores consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión por medio de la cual el Juez Segundo Penal del Circuito de Medellín, negó el decreto probatorio de testigos comunes para la Defensa, según lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. Así fue discutida y aprobada en Sala, por los Magistrados que la integran, según consta en el acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado Ponente



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado