El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DECRETO DE PRUEBAS / RECURSO DE APELACIÓN / NO PROCEDE CONTRA EL AUTO QUE LAS ADMITE / SÓLO ES VIABLE EL RECURSO DE REPOSICIÓN.**

… determinar el grado de acierto de la decisión proferida por la entonces Juez Séptima Penal del Circuito de Pereira, quien decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la delegada de la FGN, específicamente en lo que tiene que ver con el testimonio del señor Jorge Eduardo Jiménez Vélez…

Sin embargo se considera que en este caso la inconformidad de la defensa quedó decidida al resolverse el recurso horizontal que propuso contra la determinación de admitir como prueba de la FGN, el testimonio del investigador Jiménez Vélez…

Sobre el tema se cita lo manifestado en CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469, donde se reexaminó la posición que había mantenido esa Corporación sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que admitía pruebas en la audiencia preparatoria. (…)

“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba -no el que la concede-…

“Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación.”

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1009 del seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:55 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se decide lo concerniente a la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la defensora del acusado, contra del auto proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira el 13 de julio de 2016, a través del cual accedió a la práctica de todas las pruebas solicitadas por la delegada de la FGN.

2. HECHOS

2.1 De conformidad con el escrito de acusación los hechos materia de investigación son los siguientes:

*“El día 25 de septiembre de 2015, a las 16.40 horas, aproximadamente, servidores de Policía Nacional - adscritos a la Estación Pereira se encontraban realizando labores de patrullaje por el sector de la Avenida del Ferrocarril y observaron a un joven de sexo masculino, quien al notar la presencia de los policiales saca voluntariamente de la pretina de la pantaloneta una (01) bolsa transparente que en su interior contenía 180 papeletas de papel color café con figuras naranjas que en su interior contenía una sustancia pulverulenta color habano, con olor y características similares a estupefaciente, por tal motivo procedieron a identificarlo, manifestando llamarse JAMM, C.C. 9.924.006 de Risaralda (Caldas), no exhibió el documento de identidad, posteriormente le dieron a conocer sus derechos como persona capturada y lo trasladaron a las instalaciones de la URI para su respectiva judicialización.*

*Refiere el Informe de Investigador de Campo FPJ -11-, calendado el día 15-09-2015, suscrito por el PT. SEBASTIÁN GIRALDO GUERRERO, adscrito a SIJIN - URI Pereira - Perito PIPH; que sometida la sustancia a análisis de PIPH arrojó como resultado POSITIVO PARA COCAÍNA Y SUS DERIVADOS, con un PESO NETO DE DIECISIETE PUNTO DOS (17.2) GRAMOS.*

*El Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Balboa (Risaralda) Turno de Permanencia en Pereira, el día 26/09/15, impartió legalidad a la captura del señor JAMM, por encontrar reunidos y debidamente acreditados los requisitos de los Art. 301, 302 y 303 del C.P.P. La Fiscalía le comunicó y formuló imputación por la conducta punible de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal, actualizada en el verbo rector “llevar consigo", ubicable dado el tipo y peso de sustancia en el INCISO 2 de la misma norma; artículo modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, imputación que NO fue ACEPTADA por el encartado.*

*De los EMP, EF e información legalmente obtenida, considera la Fiscalía que se puede AFIRMAR. CON PROBABILIDAD DE VERDAD que el señor(a) JAMM, identificado con C.C. 9.924.006 de Risaralda (Caldas), fue capturado cuando SIN PERMISO DE AUTORIDAD COMPETENTE “llevaba consigo” (17.2) GRAMOS DE COCAÍNA, lesionando SIN JUSTA CAUSA el bien jurídico de LA SALUBRIDAD PUBLICA, toda vez que el literal “j” del Art. 2 de la Ley 30 del 1986, establece la dosis de uso personal; que el(la) señor(a) JAMM es persona mayor de edad y estaba en capacidad de entender la ilicitud de su conducta y de actuar de manera distinta; por tal motivo la Fiscalía General de la Nación ACUSA a JAMM como AUTOR(a), a título de DOLO del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, ubicable dado el tipo y peso de sustancia en el INCISO 2 de la misma norma; actualizada en el verbo rector “LLEVAR CONSIGO”.*

2.2 Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 26 de septiembre de 2015 (fls. 5-6). En esas diligencias se le formuló imputación al señor JAMM por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual no aceptó.

2.3 El proceso fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento (fl. 7). La audiencia de formulación de acusación se celebró el 30 de marzo de 2016 (fl. 13). La audiencia preparatoria inició el 13 de julio de 2016 (fl. 17). En medio de esa audiencia la delegada de la FGN pidió entre otras pruebas los testimonios de Jorge Eduardo Jiménez Vélez y de Leydi Juliana Osorio Toro, para establecer el arraigo y la plena identidad del acusado.

3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO LUGAR AL RECURSO INTERPUESTO.

En el decurso de la audiencia preparatoria y centrándonos exclusivamente en lo que interesa a la presente decisión, la defensora del procesado solicitó que se excluyeran los testimonios de Jorge Eduardo Jiménez Vélez y Leidy Yuliana Osorio Toro, por no ser pertinentes, conducentes ni útiles en relación con los hechos investigados, ya que la información de esos testigos solamente sería útil en caso de que se dictara una sentencia condenatoria que diera lugar al trámite previsto en el artículo 417 del CPP.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La A quo accedió a la práctica de las pruebas solicitadas por la delgada de la FGN. En lo que atañe al tema puntual que suscita esta decisión, expuso lo siguiente:

* Leidy Yuliana Osorio Toro no fue ofrecida como testigo de los hechos, por parte de la FGN, ya que era una funcionaria del CTI que adelantó las labores para verificar la plena identidad del acusado.
* En lo relativo a Jorge Eduardo Jiménez Vélez, la defensora sostuvo que este declarante iba a comparecer al juicio para decir lo mismo que la funcionaria Osorio Toro, pero en realidad fue la persona que suscribió el informe de investigador de campo, que contenía información relevante para la FGN.

3.2 La defensora del acusado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación frente a dicha determinación.

4. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON LOS RECURSOS PROPUESTOS

4.1 DEFENSORA DEL PROCESADO (Recurrente)

* Insistió en que el funcionario Jorge Eduardo Jiménez Vélez, no fue testigo presencial de los hechos y por lo tanto no puede dar testimonio de lo sucedido. Su participación fue realizar un informe que tiene que ver con las condiciones personales del acusado.
* En ese sentido no se cumple con los fines específicos de la prueba, en lo relativo a la demostración de los hechos investigados.
* Sin embargo, en caso de que se condenara al acusado, no se opondría a que se tuviera en cuenta el informe de ese funcionario, para los fines que prevé el artículo 447 del CPP.

4.2 DELEGADA FGN (No recurrente)

* El funcionario Jiménez Vélez realizó una serie de investigaciones relativas al acusado, en lo concerniente a su identidad, condiciones personales, arraigo y además aportó prueba sobre una sentencia condenatoria dictada contra el procesado.
* Como quiera que la defensora manifestó no oponerse a lo recaudado por el investigador, le solicitó que se estipularan los documentos, pero la abogada del señor JAMM no accedió.

5. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

La juez de conocimiento no repuso su decisión inicial, para lo cual consideró que aunque el señor Jiménez Vélez no era testigo presencial de los hechos investigados, acudiría al juicio a informar sobre las labores mediante las cuales se establecieron la identidad y el arraigo del acusado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

6.1 Esta Colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP.

6.2 Problema jurídico

Se contrae a determinar el grado de acierto de la decisión proferida por la entonces Juez Séptima Penal del Circuito de Pereira, quien decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la delegada de la FGN, específicamente en lo que tiene que ver con el testimonio del señor Jorge Eduardo Jiménez Vélez, a efectos de introducir unas evidencias que según el criterio de la censora, no guardaban relación con los hechos que se pretenden demostrar en el proceso.

6.3 Sin embargo se considera que en este caso la inconformidad de la defensa quedó decidida al resolverse el recurso horizontal que propuso contra la determinación de admitir como prueba de la FGN, el testimonio del investigador Jiménez Vélez, para los fines referidos en el apartado 2.3 de esta decisión.

6.4 Sobre el tema se cita lo manifestado en CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469, donde se reexaminó la posición que había mantenido esa Corporación sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que admitía pruebas en la audiencia preparatoria.

Al respecto, se dijo lo siguiente:

*“Previo al examen del caso concreto que obliga a esta Colegiatura a declarar la nulidad dentro del presente evento, resulta necesario revisar lo que esta Sala ha venido señalando en relación con la posibilidad de impugnar el auto que admite u ordena la práctica de pruebas, para lo cual oportuno es realizar las siguientes acotaciones:*

*La jurisprudencia de esta Corporación frente al tema de debate no ha sido pacífica, pues, en decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.*

*La Corte, en determinación del 13 junio de 2012[[1]](#footnote-1), que se estima vigente, señaló lo siguiente:*

*“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial  que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátese de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.*

*Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria. (…)*

*El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio. (…)*

*Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria...”*

6.5 Ahora bien, en el precedente citado al inicio (CSJ SP 27 de julio de 2016, radicado 47469) el órgano de cierre en materia penal, decidió reformular la tesis sobre la procedencia del recurso de apelación frente al auto que admite la práctica de una prueba en la audiencia preparatoria, que sólo puede ser atacado por la vía del recurso horizontal de reposición. En ese sentido se expuso lo siguiente:

*“Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba -no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).*

*Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general. (…)*

*Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

6.6 Esa postura fue acogida por esta Colegiatura en pronunciamiento del 10 de febrero de 2017, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, radicado 1704260000402007 0005706, en el cual se refirió en cita a la misma jurisprudencia antedicha:

*“Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que la controversia que suscitó la alzada tiene que ver con una serie de reproches, observaciones y oposiciones que los apelantes le formularon a una pretérita decisión proferida por la A quo en la cual se admitieron las pruebas deprecadas por el apoderado de las víctimas.*

*Si lo anterior es así, como en efecto lo es, tal situación seria indicativa que la fuente de la discrepancia expresada por los recurrentes en la alzada tiene que ver con una decisión relacionada con la admisión de las pruebas deprecadas por el apoderado de las víctimas, de la cual los ahora apelantes estaban inconformes.*

*Por lo tanto, si la inconformidad expresada por los recurrentes tiene que ver con una providencia que admitió u ordenó la práctica de unas pruebas, acorde con lo expuesto en párrafos anteriores, es claro que estamos en presencia de un proveído que no era susceptible del recurso de apelación, lo cual le cerraría las puertas a la Colegiatura para hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto de los reclamos formulados por los apelantes, ya que se carecería de competencia para proceder en tal sentido.*

*Siendo así las cosas, la Sala se abstendrá de desatar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes en contra del decisión proferida por la A quo en la vista pública celebrada el 2 de noviembre del 2.016.”*

7 Solución al caso concreto

7.1 De ese modo, y teniendo en cuenta que la apoderada del señor JAMM se opuso al pronunciamiento de la juez de conocimiento respecto de la admisión de la práctica de una pruebas en la audiencia preparatoria, para lo cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra tal determinación, en atención a las decisiones antes citadas, se concluye que el auto que admite la práctica de una prueba en el juicio no es susceptible del recurso vertical.

7.2 Por lo tanto esta Sala se abstendrá de darle trámite al recurso de apelación que interpuso la representante del acusado, de manera subsidiaria al recurso horizontal que fue decidido en su contra.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación que de manera subsidiaria fue interpuesto por la recurrente en contra de la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira en audiencia celebrada el 13 de julio de 2016.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562 [↑](#footnote-ref-1)