



SALA PENAL

Medellín, catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en la fecha, acta N° 026

Radicado N° 05-266-60-00203-2016-07628

*Delito: Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes*

Sentencia de Segunda Instancia N° 09

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo
Cuello*

Lectura: Martes, 20 de marzo de 2018. Hora:

08:30 a.m.

Se procede en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del acusado, contra la sentencia de fecha 19 de febrero último, por medio de la cual la Juez Penal del Circuito de Caldas, Antioquia con funciones de conocimiento, condenó luego de un juicio oral, al señor JONATHAN SMITH RESTREPO BEDOYA como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector vender.

ACONTECER FÁCTICO

Los hechos objeto de juzgamiento se contraen a lo siguiente: El día 13 de diciembre de 2016, uniformados de la policía que realizaban

labores de patrullaje a la altura de la carrera 50 con calle 135, barrio Cristo Rey del Municipio de Caldas, Antioquia, observan a dos individuos realizando un intercambio de dinero y sustancia alucinógena que tras las pruebas de corroboración científica arrojó 0.7 gramos positivo para base de cocaína y sus derivados. Observaron los gendarmes que JHONATAN SMITH RESTREPO BEDOYA recibía de YORDI SEBASTIAN GIRALDO MÚNERA dos billetes de \$10.000 y \$2.000 como pago por la mencionada sustancia ilegal, procediendo a la captura de aquel, recibéndole entrevista al segundo quien señaló que es consumidor habitual de este tipo de sustancia ilícita que venía adquiriendo meses atrás del acusado.

Tras la prueba de campo PIPH y su confirmatoria en laboratorio¹, las muestras del material incautado entregadas para su verificación arrojaron un peso neto de 0.7 gramos, positivo para cocaína y sus derivados, por lo que la Fiscalía le imputó a RESTREPO BEDOYA el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en su modalidad de venta.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 14 de diciembre de 2016, Ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Caldas, Antioquia, con funciones de conocimiento, se llevaron a cabo las audiencias preliminares impartíendosele legalidad al procedimiento de captura, imputando la Fiscalía el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, verbo rector venta, delito que no fue aceptado por el procesado, y, finalmente, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

2.- La Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del justiciable con fundamento en el cargo enrostrado en la formulación de imputación. Le correspondió conocer el proceso al Juzgado Penal del

¹ Cfr. fls. 52, 53, 99, 100 del expediente.

Circuito de Caldas, Antioquia, con funciones de conocimiento. Despacho ante el que se adelantó la audiencia de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral, anunciándose fallo de carácter condenatorio, procediendo la a-quo a realizar la lectura de la respectiva sentencia el 19 de febrero de 2018. Decisión que deja inconforme a la defensa letrada, la cual interpone recurso de apelación, motivo por el que conoce la Sala este asunto.

III. LA SENTENCIA CONDENATORIA

Refiere la a quo en primer lugar que aunque pueda parecer poca la sustancia ilícita hallada en poder del acusado, dado el verbo rector enrostrado a este, aquella no puede ser tomada como dosis de uso personal. Los medios de prueba debatidos en juicio permiten concluir que el agente fue sorprendido vendiendo la sustancia alucinógena, se demostró la finalidad diferente al propio consumo, en este caso dirigida al tráfico.

Los testimonios de los policivos que operaron la captura del procesado permiten arribar a la anterior conclusión, indicando lo que pudieron ver a escasos dos metros de distancia, señalando que cuando se acercaron uno de los individuos guardó lo que estaba recibiendo, procediendo a aprehender en el acto a quien entregaba el alijo y tenía el dinero, tomando los datos del otro individuo el cual indica que estaba comprando la sustancia para su propio consumo. Logran describir los gendarmes a estos dos individuos, en sus prendas de vestir y rasgos físicos, así como los elementos objeto de transacción y las acciones que cada uno desarrolló en el escenario descrito. Reconociendo uno de ellos al justiciable en sala de audiencias.

Sobre el acto de venta descrito no subsiste otra explicación que pueda llevar a la duda probatoria; además se cuenta con la versión suministrada por YORDI SEBASTIAN en entrevista anterior la cual

fuera introducida como prueba de referencia excepcionalmente admisible. Individuo que informa que es consumidor habitual de "perico" y la data de los hechos estaba comprando un gramo del alcaloide al acusado, momento en el que arribó la policía, los cuales presenciaron la transacción, describiendo al vendedor y la cantidad de dinero que le entregó.

Sin que exista duda de la naturaleza ilegal del alcaloide tras su análisis científico, quedan suficientemente demostrada la materialidad de la conducta desplegada por el acusado y su responsabilidad penal en este caso, mientras que los argumentos de refutación que se pueden construir frente a las premisas de la sentencia de condena carecen de la certeza suficiente para remplazar el contenido del fallo condenatorio, pues si bien los oficiales no escucharon el momento de la negociación, percibieron de manera directa el intercambio de elementos, y bajo el escenario descrito no cabe duda que se trató de venta de sustancia estupefaciente, sin que los testimonios de cargo develen contradicciones de peso que afecten su credibilidad. Tampoco impugnó la defensa la credibilidad del testigo de acreditación con el que se ingresó la entrevista de GIRALDO MÚNERA, explicando el deponente que su confusión inicial se debe al número de casos de este tipo que conoce en su cargo. Los datos sobre si existía más material ilegal, de dónde lo habría extraído el justiciable, tendrían la potencialidad de variar la cantidad del estupefaciente hallado, pero no desvirtúa el acto externo percibido por los uniformados.

Estas son en síntesis las razones planteadas por la a quo para acoger la pretensión de condena y emitir fallo en tal sentido, imponiendo pena de prisión de 64 meses y sanción de multa de 2 S.M.L.M.V., con negación de los subrogados penales de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. La inhabilitación de derechos y funciones pública por el mismo término que la pena de prisión, la cual debe cumplir en centro carcelario, revocándole la prisión domiciliaria,

expidiendo el respectivo formato de legalización de privación de la libertad².

IV. DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

El defensor público del procesado solicita se revoque la decisión apelada y en su lugar se dicte fallo absolutorio, aduciendo que la falladora de primera instancia realizó una indebida valoración probatoria del material de conocimiento debatido en juicio e incurrió en la violación del principio in dubio pro reo.

Los policivos que depusieron en juicio son contestes en que observaron un intercambio de manos, no de uno de dinero y sustancia estupefaciente, como erradamente lo concluye la falladora de primer grado a modo de premisa incontrastable. Considera que dado que el otro individuo involucrado en estos hechos no acudió al juicio, nunca se sabrá lo que realmente ocurrió, tan solo se puede tratar de reconstruir lo sucedido desde una perspectiva meramente subjetiva. La funcionaria le reconoce mayor poder suasorio a la entrevista del que realmente tiene. El hecho de que este no compareciera al juicio genera duda; era el único que podía allanar el camino a la verdad de lo acontecido, ante su ausencia, es menester acudir a conjeturas sobre la manera en que ocurrieron los hechos. Crítica el apelante que la Fiscalía no oficiara para que diferentes entidades del estado verificaran en sus bases de datos la existencia del testigo, sus datos de ubicación, quedando sin constatar la información suministrada por este individuo en la entrevista era fidedigna. En su criterio no se estructura ninguno de los eventos del art. 438 del C.P.P sobre prueba sobreviniente.

En síntesis estas son las razones por las que solicita se revoque el fallo apelado para que en su lugar se dicte sentencia absolutoria y se

² Cfr. fls. 138-140 del expediente.

ordene la libertad inmediata de su prohijado.

V. CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes, sin que sea posible desmejorar la situación jurídica del procesado, pues la defensa es apelante única.

Huelga señalar además que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se observe la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

Visto lo que es materia de inconformidad para la defensa, la Sala concreta su pronunciamiento en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda la ocurrencia del delito de tráfico, fabricación o porte de sustancia estupefaciente en el verbo rector “vender”, permitiendo estructurar además el juicio de reproche penal en contra del acusado JONATHAN SMITH RESTREPO BEDOYA, como autor de la conducta punible enrostrada por la Fiscalía en sede de acusación.

Iniciemos por decir que el modelo típico contenido en el artículo 376 del C. Penal, con la modificación introducida por el canon 11 de la Ley 1453/11, denominado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se corresponde a un tipo penal de pura conducta o formal, en el sentido de que no se requiere para su perfección ningún acontecimiento subsiguiente a las conductas descritas en la norma. El dispositivo en comento es del siguiente tenor:

“Artículo 376. Modificado. Ley 1453 de 2011, art. 11. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas...”

Es un delito de peligro abstracto, como quiera que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues se pone en peligro la salud pública, mirada esta como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por lo que con dicha clase de conductas se vulnera la estabilidad de la colectividad.

Se ha reconocido gradualmente que no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública, sino que es pluriofensivo porque en la misma medida se compromete la economía nacional (orden socio-económico) e indirectamente la administración y seguridad pública, intereses también protegidos por el Código Penal.

Bajo este último análisis de protección del bien jurídico complejo, la Corte Suprema de Justicia³ y la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 han sentado las bases sobre las cuales debe entenderse estructurado el delito en cuestión y más aún reconoció la existencia de una presunción sobre la antijuridicidad material.

Se presume que quien realiza cualquiera de las conductas descritas en el precitado artículo 376 del Código Penal, afecta o pone en peligro los bienes jurídicos mencionados haciéndose merecedor de la respectiva sanción penal.

No obstante, a diferencia del tratamiento que desde la jurisprudencia se le viene dando a la persona que ostenta la condición de mero

³ Procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011.

consumidor de sustancias alucinógenas prohibidas, evento en el que no es tolerable que la reacción estatal se presente desde la esfera punitiva, es aceptado que el legislador dispuso que frente al comportamiento relacionado con el tráfico no cabe otra respuesta diferente a la criminalización y castigo a través del derecho penal; esto es, de aquellas conductas relacionadas con la producción o distribución de sustancias sicotrópicas y estupefacientes, pues son estas las que en últimas merecen ser sancionadas drásticamente al tener la “potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social al estar ante un delito pluriofensivo”.

Siguiendo la hilatura argumentativa expuesta, es menester señalar que dependerá de la conducta efectivamente exteriorizada por el agente el que la tipicidad de la acción así desplegada se ajuste a la descripción objetiva que contiene el dispositivo 376 del C. Penal. Del todo pertinente indicar además que el tipo penal en comento “resulta satisfecho con cualquier acción constitutiva de tráfico, aislada o no, siempre que contribuya a la difusión de la droga”, no se requiere entonces que dicha conducta sea repetitiva, consuetudinaria, o de naturaleza comercial, esto último entendido como el usual ejercicio de dicha actividad.

Sobre el mencionado verbo rector podemos decir con apoyo en la jurisprudencia, que quien vende la sustancia sicotrópica o estupefaciente prohibida simplemente conserva o lleva consigo dicho material, de esta manera, ya de entrada ha consumado el delito con independencia de la materialización de la transacción final propuesta. Se dice entonces que la conducta típica analizada es de aquellos delitos denominados compuestos alternativos. Para una mejor intelección del asunto nos apoyamos en las siguientes reflexiones plasmadas en la jurisprudencia del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria: “... es infracción de simple conducta en cuanto su consumación no demanda la producción de un determinado resultado, que es además delito de peligro en la

medida en que se perfecciona sin necesidad de producir un efectivo menoscabo de la salubridad, bien jurídico que en su represión se tutela y por lo general instantáneo porque al menos en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción; pero ante todo, es de resaltar que se trata aquí es de uno de los llamados delitos compuestos alternativos porque integrado con varios verbos rectores, cada uno de los cuales configura la conducta que realiza de manera autónoma e independiente, configura hecho punible, al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas ya se está consumando el delito en su totalidad”⁴.

Llevado el asunto al terreno probatorio, le corresponderá entonces al fallador, luego de valorar en conjunto y bajo los criterios de la sana crítica el material de conocimiento allegado al juicio, determinar si en efecto la Fiscalía logró verificar y demostrar la existencia de una conducta pre-ordenada al tráfico de sustancias estupefacientes, en el grado de certeza que reclama el artículo 381 del C. Penal, esto es, más allá de toda duda para dictar sentencia de condena.

Descendiendo en el caso concreto con base en el marco conceptual expuesto, debe señalar la Sala que encuentra que los elementos de juicio aportados al proceso ubican al acusado en un claro contexto de tráfico de sustancias estupefacientes en su modalidad de venta, ejerciendo actividades propias de un expendedor o mal llamado “jíbaro”; y que contrario a lo que arguye la defensa letrada, la situación establecida no genera dudas por no haber observado los policivos los momentos constitutivos de la previa negociación entre el comprador y vendedor, pues estos percibieron de manera directa y sin grado de confusión el momento exacto del intercambio del dinero por la sustancia alucinógena y los roles claramente definidos que cada

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 29 de octubre del 2001, radicado 15.570, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

individuo realizó. En este caso quedó plenamente establecido que el acusado fue quien suministró el material prohibido a título de venta y a cambio recibió \$12.000 en efectivo de manos del comprador, encontrando efectivamente los uniformados el dinero en poder de esta persona; igualmente la requisita permitió el decomiso en el acto del material ilícito en poder del otro individuo involucrado en los hechos.

Igual de desacertado es considerar necesaria la observación del momento de la negociación por parte de los policivos, pues tal como se ilustró suficientemente con base en la jurisprudencia, con la sola realización de una de las acciones alternativas que consagra el tipo penal bajo análisis se “consume el delito en su totalidad”, y por demás la actividad de venta ya implica el porte del alijo, sin que logre derruir la materialización de dicha conducta el desconocer de dónde la sustrajo el vendedor.

Contrario a lo que considera demostrado la apelante, para esta Magistratura al igual que para la a quo, se probó estructurado el elemento volitivo del tipo penal bajo análisis que exige la demostración del ánimo de tráfico con el que se tenga la sustancia ilegal, elemento implícito en el modelo típico descrito en el artículo que consagra la conducta penalmente prohibida y reprochada al agente en este caso, esto es, el canon 376 del C. Penal. No solo apuntan en la anterior dirección los testimonios directos de los servidores públicos que aprehendieron en flagrancia al acusado, sino que su dicho resulta corroborado con la entrevista que ingresó como prueba de referencia excepcionalmente admisible.

Y es que para la Sala, al igual que para la a quo es claro que los uniformados que realizaron la captura del justiciable fueron testigos privilegiados del momento exacto del intercambio de elementos entre JHONATAN SMITH RESTREPO BEDOYA y YORDI SEBASTIAN GIRALDO MÚNERA, dinero por sustancia estupefaciente, y tal como observaron el desarrollo del acontecer fáctico noticiaron el hecho.

Concluyeron apodócticamente los gendarmes que se encontraban frente a una clara acción de compra y venta de sustancia estupefaciente que no genera duda alguna sobre quién era la persona que entregaba la sustancia ilegal y cuál el individuo que pagaba su precio en efectivo. Percepción directa que resultó corroborada por quien desplegó una evidente posición de comprador, YORDI SEBASTIÁN GIRALDO MÚNERA, quien en entrevista reafirma la versión inicial sobre su condición de consumidor y que se encontraba obteniendo de manos del acusado su habitual dosis de aprovisionamiento, un gramo de “perico”, que desde hacía algunos meses acostumbraba adquirir de manos del procesado al que señala como un “jíbaro” del sector.

El patrullero de la Policía Nacional, JONATHAN FRANCO ESTRADA, aseveró que cuando llevaba a cabo labores de vigilancia en vía pública del Municipio de Caldas, Antioquia, exactamente en la carrera 50 con 135, barrio Cristo Rey, observó a los dos individuos mientras realizaban el intercambio de manos, describiendo la vestimenta que lucía tanto el acusado, como el comprador, el primero recibió el dinero lucía camiseta gris, gorra amarilla y tenis negros, y entregó el alijo al otro individuo, quien vestía jean y gorra gris. A los dos hombres involucrados se les encontraron dos billetes de diferente denominación, \$10.000 y el otro de \$2.000, en poder del acusado, y una bolsa con cierre hermético con un papel alusivo al as de picas con sustancia pulverulenta en su interior similar a la base de cocaína. El comprador YORDI SEBASTIAN MÚNERA GIRALDO procedió a manifestar que justo en ese momento le estaba comprando el material ilegal al otro hombre, por lo que se procedió a capturar a este individuo. A MÚNERA GIRALDO se le recibió entrevista. El detenido manifestó no querer firmar el acta de incautación de elementos. No escuchó los términos de la negociación previa al intercambio de manos, pero existió un testigo que grabó los hechos. Este testigo reconoció en sala de audiencias al justiciable.

Por su parte DANY ALEXANDER PULGARÍN AGUDELO, el otro

patrullero que participó en el procedimiento de captura del acusado, refiere en esencia lo dicho por su compañero. Dijo que observaron a dos ciudadanos realizando un intercambio de mano, cerca allí existe una plaza de vicio. Señala que bajaron por el sector con la moto apagada para no llamar la atención y a pocos metros observaron a estas dos personas llevando a cabo el aludido intercambio por lo que de inmediato los requieren y los requisan. Al acusado que tenía la gorra amarilla, tenis color negro, camiseta gris y jean le encontraron \$12.000, y al otro una bolsa plástica con un sticker con un símbolo de as de picas que hace referencia a la casa que distribuye el material ilegal, adentro un pitillo y una sustancia color beige similar a la base de cocaína. La ciudadanía realizó una asonada por lo que debieron trasladarse junto con los dos individuos a la URI del municipio de Envigado para preservar su integridad, MÚNERA GIRALDO fue interrogado, la sustancia incautada se entregó a la SIJIN para su estudio técnico. El capturado no quiso firmar algunos documentos. No se percató del precio pactado entre los dos hombres. El servidor público señala al acusado en sala de audiencias.

Con el investigador de la policía IVÁN DARÍO CASTRILLÓN SUAREZ ingresó Informe sobre Prueba Preliminar Homologada realizada a la sustancia estupefaciente incautada por los dos agentes que realizaron la captura del acusado. En este caso el material fue trasladado para su confirmación en laboratorio. Realizó algunos actos investigativos con relación a antecedentes penales del justiciable, arraigo, y recibió entrevista a YORDI SEBASTIÁN MÚNERA GIRALDO. Ingresó informe ejecutivo.

Ante la imposibilidad de contar en estrados con el testimonio del señor MÚNERA GIRALDO se permitió como material probatorio de referencia excepcionalmente admisible el ingreso de la entrevista recibida a dicho individuo anteriormente. En dicha oportunidad este expuso que es consumidor habitual de "perico" y cuando había entregado el dinero por el gramo de la sustancia ilegal la patrulla policiva arribó al sitio.

Adquiere día de por medio dicha dosis; ya le había comprado en varias oportunidades el alucinógeno al procesado a quien describe como un hombre delgado, de tez blanca, monito, con aretes en las dos orejas, gorra amarilla, camiseta gris, jean azul, tenis negro con amarillo. Asevera que pagó \$12.000 por el alucinógeno, con dos billetes, uno de \$10.000 y el otro de \$2.000, Desconoce el nombre de esta persona pero sabe que lo conocen como el peli mono.

En relación con los testigos de cargo vale significar que tampoco la defensa demostró que los guiara ánimo avieso, inquina, o intención oculta para incriminar injustamente a quien aseguran los deponentes no conocían antes de estos hechos.

En síntesis queda claro que en la mencionada entrevista el testigo corrobora el ejercicio de compra – venta inferido por los agentes de la Policía, y que regularmente se efectúa en la zona en donde se realizó la captura del acusado, siendo interceptados por los agentes del orden en el momento exacto en que finiquitaban el intercambio. Su versión resulta del todo concordante en lo esencial con la de los policías, quienes dan cuenta de lo que observaron de manera directa y próxima, informando cómo el acusado desarrolló actividades propias de venta de sustancias estupefacientes, y ello es lo que se expone en la sentencia de primera instancia, lo cual resulta corroborado por la prueba de referencia excepcional admitida en juicio y la pericia mediante la cual quedó establecida la cantidad y calidad de la sustancia estupefaciente incautada en este caso.

Dado que parte de la censura gravita en torno al hecho de haberse permitido el ingreso excepcional del referido material probatorio de referencia, vale anotar que con apoyo en jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala viene indicando que en los casos en el que se le demuestra a la judicatura que se ha hecho todo lo posible por ubicar al testigo y este no se encuentra disponible, es permitido el uso de las entrevistas como material probatorio. En efecto,

el precedente jurisprudencial en la materia enseña que las declaraciones anteriores al juicio pueden utilizarse como medio de prueba, en casos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en el foro de fondo o como prueba de referencia, tal como acontece en el sub examine pues se cumplen los presupuestos fácticos sobre testigo no disponible que habilitan el uso del referido medio como prueba de referencia a la luz de lo dispuesto en la parte final del literal b del art. 438 del C.P.P., ya que aquellos encuadran en lo que la jurisprudencia denomina evento similar. Para una mejor intelección del asunto puede consultarse la sentencia SP606-2017. Radicación N° 44950, (Aprobado Acta n° 17 del 25 de enero de dos mil diecisiete (2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar de la Sala de Casación Penal de la CSJ.

A pesar de los claros esfuerzos, la defensa no aporta material de descargos con el cual controvertir la clara incriminación en contra de su representado, optando por una actitud pasiva en tal sentido.

En conclusión, para esta Magistratura se cuenta con suficiencia probatoria para demostrar estructurado el verbo rector vender, existen elementos de juicio que hacen inferir la actividad de distribución o venta en cabeza del acusado, superando de esta forma el estándar legal exigido en el artículo 381 del C.P.P. necesario para emitir sentencia de condena, pues se insiste, tampoco se aportó prueba de descargo que logró derruir la acusación.

Y es que como inveteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, lo importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda razonable, grado que se alcanza en el sub examine.

Sobre el grado de conocimiento de certeza que a la luz de la normatividad legal es el que reclama el juicio de condena, señaló la

Corte Constitucional en sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996,
M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz:

“Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las dudas que implican absolucón del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado”.

Para dictar sentencia condenatoria entonces se requiere de la certeza racional, no absoluta, como lo indicara la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 3 de febrero de 2010, radicado 32.863, M.P., María del Rosario González:

“Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°: “Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.

“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

“Para proferir sentencia condenatoria deber existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional⁵ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”

Corolario de lo anterior y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, lo cual es aceptado por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insustanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. Se itera, lo importante es que el aunado análisis de las probanzas arroje certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que la misma sea más allá de toda duda razonable, grado que se alcanza en el concreto caso en el que además de la prueba directa ofrecida por los policías que capturaron

⁵ En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

en flagrancia al sujeto pasivo de la acción penal, se cuenta con la versión que rindiera el otro involucrado en los hechos, elemento de conocimiento que a no dudarlo también ofrece invaluable información que corrobora la certera incriminación en contra del justiciable.

Tal como lo enseña al precedente jurisprudencial analizado en apartados anteriores de este proveído, los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles, que analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena, y en criterio de esta Sala, tal ha sido la calidad del material de cargo acopiado en este proceso, como quedó explicitado más arriba.

Es evidente entonces que en este caso se cuenta con testimonios directos y en general las pruebas que sirven de base a esta decisión permiten estructurar el juicio de reproche en contra del procesado, independiente de la cantidad de droga incautada, quedando desvirtuada la presencia de duda probatoria. Tampoco se aportó prueba de descargo que logré derruir la acusación.

En relación con la duda que deviene en absolución, es sabido que esta debe ser cierta, esencial, sustentada en el análisis de los elementos probatorios en grado tal que no permita al fallador realizar una conclusión certera en uno u otro sentido, se torna en exigencia ineludible para aplicar el principio in dubio pro reo⁶.

“Además, no se puede perder de vista que una sentencia absolutoria que se base en el in dubio pro reo, debe tener como fundamento, no la simple duda, sino aquella que fluye razonada, apoyada en la exposición que ofrezca absoluta claridad respecto a los motivos que llevaron al Juez o Tribunal a no adquirir el convencimiento suficiente para condenar.

Atendiendo a que la duda debe ser cierta, esencial, sustentada en el análisis de los elementos probatorios a tal grado que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido, se torna en exigencia ineludible el

⁶ Artículo 7º, Ley 906/04.

*que el funcionario judicial explique de forma adecuada las razones por las que duda, es decir las que lo llevan a aplicar el principio precedentemente referido.*⁷.

Así las cosas, dado que los presupuestos que se exigen para dictar sentencia condenatoria se dirigen al recaudo de pruebas necesarias y útiles, que analizadas bajo el sistema de valoración de la sana crítica, confluyan en las exigencias legales para disponer la condena, y, como se dijo, en criterio de esta Sala, tal ha sido la calidad del material de cargo acopiado en este caso, sin que la censura encuentre vocación de prosperidad, necesariamente debe confirmarse en su integridad el fallo apelado, al no encontrar tampoco vocación de prosperidad los argumentos expuestos por el impugnante en el escrito de apelación, particularmente no se observa ningún yerro en la valoración probatoria agotada por la falladora de primera instancia. En consecuencia el condenado debe seguir detenido para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la sentencia confutada.

*En mérito de lo expuesto 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 en su integridad la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 19 de febrero de 2018 por la Juez Penal del Circuito de Caldas, Antioquia, en contra de JONATHAN SMITH RESTREPO BEDOYA como autor de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

SEGUNDO: *Contra esta decisión procede el recurso de casación, el que debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días*

⁷ CSJ, SP. Sentencia 38.651 del 6 de febrero de 2013. M.P. Luís Guillermo Salazar Otero.

hábiles siguientes a la notificación de la misma.

TERCERO. *Esta sentencia queda notificada en estrados.*

CUARTO: *Remítase copia de esta decisión al Juzgado de instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO
SÁNCHEZ CALLE**

RELEVANTE SALA DE DECISIÓN PENAL

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 26/ DEL 14 DE MARZO DE 2018
RADICADO	: 05 266 60 00203 2016 07628
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 14 DE MARZO DE 2018
DECISIÓN	: CONFIRMA CONDENA
DELITOS	: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

DESCRIPTOR

-MODELO TÍPICO DEL DELITO DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES. CONSAGRACIÓN LEGAL. PRESUNCIÓN DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL / CONDUCTA DE TRÁFICO. POTENCIALIDAD DE VULNERAR BIENES JURÍDICOS / NATURALEZA. DELITO COMPUESTOS ALTERNATIVOS / CONOCIMIENTO PARA CONDENAR / DUDA PROBATORIA. JURISPRUDENCIA.

RESTRICTOR

-Delito de tráfico de estupefacientes Art. 376 del C.P. es de pura conducta o formal, de peligro abstracto, básicamente se pone en peligro la salud de la colectividad, y no la vida o la salud individual. Pluriofensivo porque en la misma medida se compromete la economía nacional, e indirectamente la administración pública, la seguridad pública y la autonomía personal e integridad personal. Se reconoce existencia de una presunción de antijuridicidad material en la materia, empero, en veces el comportamiento carece de relevancia para la afectación de los bienes jurídicos protegidos, repercutiendo únicamente las consecuencias en el ámbito privado de quien consume la sustancia. Tal presunción admite prueba en contrario.

- A diferencia del adicto, el comportamiento del agente relacionado con tráfico, distribución o venta de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, por expresa disposición legislativa se hace acreedor a la respuesta punitiva del Estado por tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social.

-El comportamiento exteriorizado por el agente no depende de un accionar repetitivo, consuetudinario, o de jaez comercial; la descripción típica de tráfico resulta satisfecha con cualquier acción de la mencionada naturaleza, aislada o no, siempre que contribuya a la difusión de la sustancia prohibida. La descripción típica del canon 376 del C. P. es de mera conducta, de peligro, y se encuentra integrado por varios verbos rectores.

-En el terreno probatorio le corresponde a la Fiscalía demostrar en grado de certeza que existió una conducta pre-ordenada al tráfico de sustancias estupefacientes, para cumplir de esta manera con el estándar exigido por el canon 381 del C.P.P. para condenar.

-La duda que deviene en absolución debe ser cierta, esencial.