

TEMA: PRUEBA EN EL PROCESO PENAL - En el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, solo tiene la condición de prueba, aquel medio de cognición que es solicitado, admitido, incorporado y practicado con pleno respeto de los principios de contradicción, intermediación y publicidad, con el objetivo de llevar al convencimiento al juez, acerca de la plausibilidad de las peticiones realizadas por la parte que la solicita. / **SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS** - Con la sustentación de los recursos no puede permitirse la introducción de pruebas no presentadas ante el juez de primer grado, ni sometidas a contradicción o controversia. / **CONGRUENCIA** - Es una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó. /

HECHOS: Según acta, el 16 de noviembre de 2019, ante el Juez 39° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes Art. 376 inciso 2° del C.P., agravado por el Art. 384 numeral 1° literal b). Según acta, el 2 de marzo de 2020, ante el Juez 23° Penal del Circuito, se formuló acusación así: «la Fiscalía acusa al señor NAGM, a título de autor material del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de venta en concurso homogéneo y sucesivo previsto en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, conducta agravada por realizarse en un centro recreativo, de conformidad con el literal b) del numeral 1) del artículo 384 del Código Penal, la pena a imponer dentro del presente caso es de ciento ocho (108) meses de prisión y multa de 4 a 150 smmlv. C-1080/02». El 11 de agosto de 2021, se realizó audiencia preparatoria. Se llevó a cabo juicio oral en varias sesiones, culminando el 22 de junio de 2022, cuando el Juez 23° Penal del Circuito con funciones mixtas de esta ciudad, emite sentencia de carácter condenatorio, absolvió por el delito de venta de estupefacientes a un extranjero, negó la concesión del sustituto de la pena y la prisión domiciliaria, y revocó la detención domiciliaria. El abogado del implicado, solicitó la modificación de la pena, teniendo en cuenta que no se configura la circunstancia agravante enrostrada descrita en el artículo 384 numeral 1° literal b del C.P., en atención a que se debió haber determinado en forma clara y concisa, frente a qué lugares se adecuó este tipo penal, para así determinar el agravante impuesto.

TESIS: En el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, solo tiene la condición de prueba, aquel medio de cognición que es solicitado, admitido, incorporado y practicado con pleno respeto de los principios de contradicción, intermediación y publicidad, con el objetivo de llevar al convencimiento al juez, acerca de la plausibilidad de las peticiones realizadas por la parte que la solicita. Se ha dicho que el proceso penal cuenta con unos precisos momentos y oportunidades para aducir pruebas, razón por la que resulta extemporáneo entregarlas a la administración de justicia una vez concluido el juicio y dictadas las sentencias, además de que, por tal razón, resultaría ilegal su apreciación, máxime si tuvo mucho tiempo para aportarlas. El estatuto procesal penal no establece la posibilidad de practicar o incorporar pruebas en segunda instancia, ni muchos menos, en el trámite del recurso extraordinario de casación. (...) Con la sustentación de los recursos no puede permitirse la introducción de pruebas no presentadas ante el juez de primer grado, ni sometidas a contradicción o controversia. (...) En CSJ SP 223-2023, rad. 57.963 de 7 junio 2023, la Corte dijo que no valorará la documentación allegada por el defensor con el recurso de impugnación especial (correspondiente a varias publicaciones relacionadas con la naturaleza química del cianuro y aspectos clínicos de la intoxicación con dicha sustancia), ni la que, en *convalidación de ese indebido actuar*, aportó la delegada Fiscal durante el traslado a los no recurrentes. Tampoco se analizarán los argumentos elaborados por ambas partes con fundamento en tales legajos, y que gravitan en torno a la cantidad de cianuro requerida para una intoxicación aguda o los signos de un envenenamiento de tal estirpe,

se insiste, a partir de «*bibliografía adjunta*» que en momento alguno fue debatida durante el juicio oral. Lo anterior, porque se trata de información que no ostenta la condición de *prueba* en la medida que no cumplió los protocolos de descubrimiento, enunciación, solicitud y práctica durante el juicio oral, y solo fue aportada con ocasión de la sustentación del recurso de impugnación especial, desconociendo, de una parte, las bases del debido proceso probatorio y, de otra, la prohibición de aducir nuevas pruebas durante el trámite de la apelación. (...) Si la impugnación especial se encuentra sometida a las reglas procesales definidas por el legislador para la interposición y sustentación del recurso de apelación, es improcedente que luego de vencido el término para sustentarlo se alleguen por fuera de oportunidad nuevas o reiteradas alegaciones, máxime si sobre ellas los sujetos procesales no recurrentes carecerían de oportunidad para alegar, en tales situaciones no se apreciará ni se ha de pronunciar sobre el referido escrito extemporáneo. (...) La congruencia es un mandato que surge de la interpretación de los artículos 29, 31 y 250 de la Carta Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto, al definir el objeto del ejercicio del poder punitivo, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento, imponiendo una total correlación factual entre el objeto de debate, inmutable, planteado por el acusador y el fallo sancionatorio. Lo anterior tiene su razón de ser en que la congruencia confiere racionalidad y coherencia a la actuación y permite al procesado ejercer en forma efectiva su defensa, en la medida que sólo puede ser condenado por hechos y delitos contenidos en la acusación, sin que sea posible sorprenderlo con imputaciones frente a las que no ejerció contradicción. (...) El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala Penal de la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa, en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

M.P. NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 11/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 000 2019 01452
Acusado	Nicolás Augusto Gaviria Muñetón
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de venta, agravado (Ar. 376, Art. 384 numeral 1°, literal b, del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Veintitrés (23°) penal del circuito con funciones mixtas de Medellín, Antioquia
Hechos	16 noviembre de 2019
Asunto	Apelación de sentencia de condena
Consecutivo	SAP-S-2024-04
Aprobado por Acta	N°42 de 7 de marzo de 2024
Audiencia de exposición	Lunes, 11 de marzo de 2024; Hora:9:15 am
Decisión	Se confirma en su integridad la sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, marzo once (11) de dos mil veinticuatro (2024)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso del rubro.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° 15'388.815 expedida en La Ceja, Antioquia; nacido el 30 junio 1981 en Rionegro, Antioquia; reside en la calle 23 # 1-50 Barrio San Cayetano de La Ceja, Antioquia, teléfonos: 3013607033-3147286883.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos se concretan según la acusación así:

«Los días 11 de octubre de 2019, sobre la 01:00 horas aproximadamente en vía pública ubicada en la calle 9ª con la carrera 40 y el 19 de octubre del mismo año, siendo las 22:45 horas en la vía pública de la carrera 41 con calle 10 del municipio de Medellín, el señor NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, vendió sustancia

estupefaciente consistente en cocaína con un peso neto de 1.0 gramos empacada en dos bolsitas plásticas de cierre hermético, la primera y 0.4 gramos la segunda, empacada en una bolsita transparente.

El señor GAVIRIA MUÑETÓN conocía que vendía sustancia estupefaciente y quiso hacerlo.

El imputado lesionó el bien jurídico de la salud pública sin que mediara justa causa.

Es posible hacerle un juicio de reproche a GAVIRIA MUÑETÓN pues al momento de ejecución de los hechos tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y además tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. También era consciente que su conducta estaba prohibida y le era exigible no realizar ese comportamiento.

El señor GAVIRIA MUÑETÓN fue capturado por orden judicial, expedida por el juzgado 1° penal municipal con función de control de garantías ambulante de Antioquia, el 14 de noviembre de 2019, dentro de una indagación adelantada con el objeto de investigar personas dedicadas al expendio de sustancias ilegales en el Parque Lleras y sus inmediaciones, con la participación de un agente encubierto debidamente autorizado.

Como quiera que los hechos antes reseñados se consideran violatorios de la Ley penal, que de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida se puede afirmar con probabilidad de verdad, que las conductas delictivas existieron y que el imputado es su autor, la Fiscalía acusa al señor NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, a título de autor material del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de venta en concurso homogéneo y sucesivo previsto en el artículo 376 inciso 2° del Código Penal, conducta agravada por realizarse en un centro recreativo, de conformidad con el literal b) del numeral 1) de artículo 384 del Código Penal, la pena a imponer dentro del presente caso es del **108** meses de prisión y multa de 4 a 150 smmlv. C-1080/02».

Según acta, **el 16 de noviembre de 2019**, ante el juez 39° penal municipal con función de control de garantías de Medellín se formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes Art. 376 inciso 2° del C.P., agravado por el Art. 384 # 1° literal b).

Según acta, **el 2 de marzo de 2020**, ante el juez 23° penal del circuito, se formuló acusación así: *«la Fiscalía acusa al señor NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, a título de autor material del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de venta en concurso homogéneo y sucesivo previsto en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, conducta agravada por realizarse en un centro recreativo, de conformidad con el literal b) del numeral 1) de artículo 384 del Código Penal, la pena a imponer dentro del presente caso es del ciento ocho (108) meses de prisión y multa de 4 a 150 smmlv. C-1080/02».*

El 11 de agosto de 2021 Se realizó audiencia preparatoria.

Se llevó a cabo juicio oral en varias sesiones, culminando el 22 de junio de 2022.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El **22 de junio de 2022**, el Juez 23° penal del circuito con funciones mixtas de esta ciudad, emite sentencia de carácter condenatorio *«DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE al ciudadano NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, identificado con cédula de ciudadanía N° 15.388.815 por el segundo cargo de VENTA DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO sancionado en los artículos 376 inciso 2° y 384, numeral 1 literal b del Código Penal; consecuentemente se le impone una pena ciento ocho (108) meses de prisión y multa de ciento cincuenta (150) SMLMV, la accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicos por igual término al de la pena principal, conforme lo prevé el artículo 52 del CP, en su inciso final»*.

Absolvió por el delito de venta de estupefacientes a un extranjero, así: *«ABSOLVER al ciudadano NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, con cédula de ciudadanía N° 15.388.815 de condiciones civiles determinadas en esta sentencia, del primer cargo imputado por la Fiscalía, como presunto auto de la conducta punible de VENTA DE ESTUPEFACIENTES A UN EXTRANJERO»*

Negó la concesión del sustituto de la pena y la prisión domiciliaria.

Se revocó la detención domiciliaria.

- Estos fueron los argumentos consignados en la sentencia:

« **6.1.** Respecto del primer evento, venta de cocaína acaecida el 11 de octubre de 2019, aproximadamente a la 1:00 de la mañana, en la calle 9 A con carrera 40, y con un peso neto de 1.0 a un ciudadano estadounidense, analizada la prueba en conjunto se encuentran numerosas falencias; en torno a (i) la existencia de la transacción, (ii) si Nicolás entregó algo, (iii) a quién, (iv) qué era, (v) con qué finalidad.

(i) Conforme lo prevé el artículo 381 procesal, si bien existe libertad probatoria, la codena no podrá estar cimentada únicamente en prueba de referencia, en tanto este tipo de prueba tiene un menor valor, dado que impide la contradicción de la defensa, afecta la inmediación, además se parte de lo que percibió otro que lo trasmite al juez, lo cual puede hacer mella en su fiabilidad.

En este caso, es posible que se realizara una compra, pero no existe certeza sobre la existencia del supuesto comprador, lo que pagó y lo que recibió, y las conversaciones con quien se dice se llama Jesús, en tanto no existe una prueba directa sobre tales eventos, dado que la entrevista de quien se dice compró, al igual que sus dichos no fueron incorporados a juicio, de modo

que existe duda sobre comprador, vendedor y objeto. Pues así lo exige el tipo penal imputado de “venta de estupefacientes”.

Consideró la fiscalía que era prueba suficiente el video que numeró 01485, y que fue introducido con las declaraciones de los policiales quienes afirman por demás haber observado la transacción; no obstante, si se observa sin predisposición dicho video bajo reglas de lógica y sana crítica, habrá que concluir que el mismo resulta poco claro, no es técnico ni bien enfocado y en concreto no acredita tal transacción más allá de duda; obedeciendo el poder que le otorga la fiscalía a conjeturas e interpretaciones de los policiales, sin tener la certeza de si se entregó algo, por cuánto y si Nicolás si tenía el dominio de ese hecho, pues al parecer la transacción la realizó alguien de quien dicen los policiales se llama Jesús, pero en este proceso tampoco se acreditó probatoriamente su existencia.

Si la tesis de la fiscalía parte de que Nicolás entregó a Jesús, para que éste a su vez vendiera al extranjero, resultaba indispensable que desde los hechos jurídicamente relevantes la fiscalía definiera quién era ese otro, si actuaba como coautor, instrumento o cómplice de Nicolás, o si Nicolás era el determinante, so pena de poner en indefensión a la defensa; igualmente, probatoriamente debió establecer que Nicolás por acuerdo previo o concomitante entregó una sustancia, cuál, cuánta y con qué finalidad. En este caso, claro es que el video no arroja tal claridad, y las declaraciones de los policiales son simples interpretaciones respecto de lo que pudo pasar, pues no vieron en concreto lo que se entregó si es que ello ocurrió, pues como lo presenta el procesado también pudo ser un saludo; no conocen la finalidad ni escucharon las conversaciones previas o anteriores entre los probables copartícipes.

En ese sentido no es claro qué tipo de actuar se le endilga a Nicolás, con quién es autor o partícipe pues es vaga la existencia de Jesús quien ni siquiera está individualizado; igualmente, supuestamente se le entrega algo a un extranjero, que tampoco está plenamente identificado, no se tiene ninguna identificación concreta ni una ubicación, asimismo, se extraña que la fiscalía no hizo ningún esfuerzo por ubicarlo, privando con ello a la defensa y su prohijado del derecho que le asiste de controvertir la prueba.

Si vamos al video, al parecer Jesús porque no está plenamente identificado hace un intercambio primero con Nicolás, pero no se sabe ese intercambio ni de quién es, ni con que finalidad lo realiza y luego también, se le entrega supuestamente algo a un extranjero, que tampoco está plenamente identificado. Se dice por los policiales que el extranjero entregó un dinero, pero que se lo entregó a una persona que tampoco fue traído a declarar, asimismo que el extranjero fue abordado por policía de turismo, pero tampoco se trajo al juicio el policía de turismo, que el estadounidense entregó la sustancia de estupefacientes en la estación de policía, pero tampoco existe prueba material, la

fiscalía no allegó un acta en la cual haya quedado plasmado, quién entregó, qué se entregó, a quién entregó, en concreto solo está un video que no es una prueba clara.

Ahora, ese nexo que pretende de indicios construir la fiscalía, tampoco es claro, pues si no acredito con claridad la venta y los comerciantes, menos puede inferir la identidad del aquí acusado.

En conclusión, no se llevó a esta judicatura a través del video número 01485, a un convencimiento más allá de toda duda, que efectivamente Nicolás hubiera realizado un intercambio con Jesús, y que tal intercambio fuera de sustancias alucinógenas, cocaína, tampoco se llevó a un convencimiento más allá de duda, que éste último hubiera vendido drogas a un extranjero, no aparece tampoco en el video, el momento en que el policía de turismo aborda a Nicolás, ni a la persona de camisa morada de quien se dice era extranjero. Razón le asiste al defensor cuando en sus alegatos afirma que en ese video solo se observa a su prohijado con otra persona, pero no es claro si efectivamente hubo un intercambio con esa persona, qué fue lo que intercambió, o cuál era el fin de ese intercambio, no es posible asegurar con suficiencia que ese intercambio era droga, que se ve a alguien de camisa morada; el video por sí solo no determina que sea extranjero y que Jesús le hubiera vendido droga; ello no significa que se reste valor al testimonio de los policiales o que no se hubiera hecho una investigación, es solo que el video siendo tan poco claro no es suficiente prueba para proferir una condena en contra del procesado por ese primer evento.

6.2. En torno al denominado segundo evento, venta de 0.4 gms de cocaína, acaecido el 19 de octubre de 2019, siendo las 22:45 de noche, en vía pública carrera 41 con la calle 10 del municipio de Medellín, a la ciudadana Tatiana; analizada la prueba en conjunto como se indicó al momento de anunciar el sentido del fallo se acredita con suficiencia la ocurrencia del delito y la responsabilidad del procesado, en tanto no solo existe la declaración de quienes vieron la transacción y filmaron el video, sino que además se cuenta con el irrefutable testimonio de la compradora quien se identifica en el video, al igual que su vendedor.

Al efecto, tenemos en forma clara coherente el testimonio de 4 servidores de policía judicial, que desde sus diferentes ángulos y labores, filmando o prestando seguridad relatan haber presenciado un intercambio, y la entrega posterior de la sustancia por la compradora. Declaraciones bajo juramento que son corroboradas por el video en el que se ve a alguien interactuando con dos mujeres, acudiendo una de ellas a juicio, quien corrobora, que en ese video se ve ella con su amiga y el procesado, e hizo una descripción clara y suficiente de la persona que tenía en frente, hace una narración clara del momento en que adquirió la droga, y quien se la vendió, fue un testimonio claro y directo, pues reconoció que quería comprar

tupsi, pero que Nico, como se hace llamar el hoy procesado, les ofreció otras sustancias y en últimas les vendió cocaína.

Fue clara la declarante al afirmar que luego de comprar la droga se dirigía a comprar cigarrillos y fue abordada por policías, quienes la llevaron a la estación y le tomaron una entrevista, que en dicha entrevista ella contó todo lo que pasó, así lo hizo también en esta vista pública, que ya había visto al procesado antes y después de los hechos, que fue el mismo Nicolás Augusto, quien le dijo a su compañera Jackeline y a ella que a él lo conocían en el sector como Nico y les ofreció el número telefónico para que lo llamaran si necesitaban más, tomando nota su compañera en el celular.

En este evento denominado evento dos, es posible afirmar que se dan los tres presupuestos necesarios para proferir en contra del ciudadano una sentencia de carácter condenatoria; veamos porque, la tipicidad objetiva, Trafico, fabricación o Porte de Estupefacientes verbo rector Venta, en este caso el vendedor es alias Nico, si bien está de espaldas, Tatiana lo describe y los investigadores dan cuenta de que se trata de Nicolás a quién tienen plenamente identificado a partir de la investigación desarrollada, en contra de quien se libró orden y efectivamente se capturó con otros coprocesados. En igual sentido Tatiana da cuenta que entregó la sustancia a los policiales, y los investigadores dan cuenta de que el resultado fue positivo para cocaína.

Respecto de la culpabilidad se encuentra acreditada con el video y la corroboración del mismo por parte no solo de los investigadores, sino también con el testimonio de Tatiana García Ospina, quien fue precisamente quien le compró droga, cocaína, al procesado. Se observa un actuar claramente doloso del procesado, no solo porque al no tener *tupsi* ofrece como alternativa cocaína o marihuana, la extrae de su bolso, la entrega, y no contento con ello se dispone a vender más cuando se lo soliciten; siendo conocido en el sector pues en otras oportunidades fue visto por la declarante, al igual que por los investigadores.

La conducta entendida como comportamiento humano debe estar descrita en un tipo del Código Penal. Encontrándonos para los efectos de este juicio los artículos que establecen:

(...)

Conforme la prueba estipulada por las partes y admitida por el Juzgado, se probó en juicio la materialidad del delito, esto es, que el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, quien se encuentra plenamente identificado e individualizado, el día 19 de octubre de 2019, se encontraba en el parque Lleras interactuando con la joven Tatiana García, y le ofreció en vez de *tupsi*, que fue la sustancia por la que le averiguó la testigo, cocaína, y efectivamente le vendió una papeleta de dicha sustancia que contenía según los exámenes de laboratorio

contenía un peso neto de 0.4 gramos de cocaína y sus derivados

Se tiene frente a la tipicidad objetiva, que, ello quedó claramente establecido a través de la prueba recaudada en juicio oral, con los testigos de cargos de los que se tiene, por ejemplo, el testimonio del investigador Fabián Munevar Colorado, quien afirmó que, al abordar a la joven Tatiana Ospina, esta hizo entrega voluntariamente de la papeleta que había obtenido del señor Nicolás Augusto momentos antes, y que informó en su entrevista los pormenores de los hechos señalando a Nico como el de morral que se encuentra en el video. Afirmó también, que asistía constantemente al parque Lleras, que el día de los hechos se encontraba en el parque Lleras y le preguntó al procesado por la droga *tupsi*, pero este le dijo que eso era muy difícil de conseguir que le podía ofrecer, otras sustancias entre las que nombró cocaína a lo que accedieron las jóvenes y realizaron la transacción con el señor Gaviria Muñetón, que ya había visto al procesado por ese sector y que después del día de los hechos lo volvió a ver pero no le compró nada, que luego de realizada la compra de la droga se dirigió a comprar unos cigarrillos y antes de llegar a donde se dirigía fue abordada por la policía, y les hizo entrega de la papeleta de cocaína que había comprado y fue llevada a la estación de policía donde contó los pormenores de la venta, además, en vista pública hizo la descripción del individuo que le vendió la sustancia estupefaciente.

Conforme lo hasta aquí anotado, indiscutible resulta que el procesado vendió estupefacientes a la joven en el parque Lleras y que ese sitio era frecuentado o era el lugar de distribución del procesado, con lo que se acreditan los elementos de tipicidad objetiva, antijuridicidad, la autoría objetiva y hasta la culpabilidad, en concreto el dolo, el conocer y querer realizar la conducta.

La agravante también se acredita, pues bajo el principio de libertad probatoria, se tienen los testimonios de los investigadores y la misma Tatiana, quienes dan cuenta de que el sector es un lugar de esparcimiento, frecuentado por nacionales y extranjeros, como sitio turístico y de encuentro, donde operan numerosos restaurantes, bares y discotecas, incluso la conducta aquí investigada se realizó en las afueras de la discoteca Berlín.

El artículo 22 del código penal, prevé que la conducta debe realizarse con dolo, y a su vez el artículo 12 como principio rector, proscribire cualquier tipo de responsabilidad objetiva como principio rector del enjuiciamiento penal. Valorada la prueba en conjunto, encuentra la Judicatura, hay razón más que suficiente para inferir que el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, realiza una actividad ilícita en el parque Lleras, vender sustancias estupefacientes, y lo hace de manera subrepticia, escondida y es precisamente por eso que no es posible ver en los videos lo que entrega a sus compradores, y lo hace de esa

manera porque tiene el conocimiento de que lo que hace está prohibido por la ley, no es legal, tiene conocimiento de que si la autoridad lo descubre como sucedió en este caso, sería enjuiciado aun así decide de manera voluntaria realizar dicha actividad publicitando su apodo y teléfono, y lo más grave, lo hace en un lugar donde la gente tanto foráneos como oriundos acuden a tener un rato de esparcimiento y diversión, resulta entonces claro y apoyado en material probatorio, o por lo menos suficiente para imponer una condena en contra del señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, por la venta de estupefacientes realizada a la joven Tatiana García Ospina.

Conforme lo normado en el artículo 380 procesal las pruebas deben ser analizadas en forma conjunta, bajo las reglas de la crítica, la sana lógica y la experiencia, es clara y directa la prueba en el evento dos, no le asiste razón al defensor cuando afirma que no hubo una plena identificación del procesado, pues como informó el investigador Fabián Colorado, cuando se percataron del primer evento el policía de turismo abordó a Nicolás y le solicitó documentos, sino de que otra forma se hubieran obtenido los datos de filiación del procesado, y logrado obtener la orden de captura, en este evento además del video existe prueba de corroboración que fue traída al juicio, es posible advertir que hay una clara responsabilidad en el actuar del señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, en cuanto a la venta de estupefacientes.

Acorde con los anteriores razonamientos, es necesario concluir que el análisis de las pruebas en conjunto, devela en forma indubitable que, el llamado a juicio Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, fue quien vendió sustancia estupefacientes a la joven García Ospina, y afirmar más allá de duda, que fue el procesado y no otro quien realizó la actividad ilícita tipificada en el Código Penal, venta de estupefacientes en las inmediaciones del parque Lleras, se probó en este evento que el hoy procesado actuó con dolo, pues como quedó probado a través de los testimonios allegados a juicio, él mismo se auto determinó a realizar la venta de estos estupefacientes a la joven Tatiana García Ospina, él sabía que estaba obrando en forma contraria a la ley, sin embargo, determinó su actuar y además, suministró su teléfono para que en caso de necesitar más droga le llamaran a él y no a otro.

Es posible concluir que se vulneró el bien jurídico tutelado por el legislador la salud pública, resultando entonces clara la autoría o participación del procesado, el querer realizar la actividad ilícita de venta de estupefacientes, indispensable para deprecar responsabilidad penal. Acorde con el anterior análisis se concluye que se acreditaron los elementos previstos en el artículo 9° del Código Penal, y corresponde en consecuencia CONDENAR al acusado».

5. CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de junio de 2020 se corrigió la sentencia de primer grado así:

«Al momento de proceder a realizar la boleta de legalización de detención, el despacho advierte que, en el acápite de la fijación de la pena y en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, se colocó de manera errada el monto de la pena de multa, condenando al procesado a una pena de multa en letras de “cincuenta” y en números de (150); no obstante, se procedió a verificar el art. 376 del C.P. y el art. 384 *ibidem* los cuales rezan:

*“ARTICULO 376. El que sin permiso de autoridad competente (...) introduzca al país, así sea en tránsito o saqué de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, **venda, ofrezca**, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, (...)*

*Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, **cien (100) gramo de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína** o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y **multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**” Resalto y subraya del juzgado.*

“ARTICULO 384. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible- El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1. Cuando la conducta se realice: ...b) En centros educacionales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebran espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores”

Atiendo lo establecido en el art. 376 del CP, la pena de multa va desde dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigente, y aplicando el art. 384 *ibidem*, dicha pena se duplica en el mínimo, quedando de cuatro (4) a ciento cincuenta (150) SMLMV. Ahora bien, teniendo en cuenta que, conforme lo permite el inciso final del Artículo 286 del C.G.P., los errores aritméticos que se hayan plasmado en un sentencia o decisión final son susceptibles de corrección, se dispondrá el despacho a corregir los mencionados errores, en todo lo demás, queda vigente la decisión que ahora corrige.

Por lo expuesto,
RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR la irregularidad advertida en la sentencia 015 del 22 de junio de 2022, respecto al monto de la pena de multa impuesta en la condena, cuya parte considerativa como resolutive queda en definitiva así:

“El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes según el Artículo 376 de nuestra regulación penal, contempla una pena de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) smlmv; no obstante, por haberse realizado la conducta ilícita en un lugar de recreación y esparcimiento, lo cual está agravado por el art. 384, numeral 1 literal b, en cual establece una pena única de ciento ocho (108) meses de prisión y multa de cuatro (4) SMMLV, conforme sentencia de constitucionalidad C-1080 de 2022. Consecuencialmente se impondrá dicha pena, y la accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal, conforme lo prevé el artículo 52 del CP, en su inciso final.

*“SEGUNDO: DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE al ciudadano NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN identificado con cédula de ciudadanía N° 15.388.815 por el segundo cargo de VENTA DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO sancionado en los artículos 376 inciso 2 y 384 numeral 1 literal b, del código penal; consecuencialmente, se le impone la pena **de ciento ocho (108) meses de prisión y multa de cuatro (4) SMLMV**, la accesoria de inhabilidad de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal, conforme lo prevé el artículo 52 del CP, en su inciso final”.*

Notifíquese por aviso conforme el artículo 286 del CGP, al que se acude por integración conforme al artículo 25 del CPP».

6. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

El abogado del implicado, doctor JUAN CARLOS CALDERA TEJADA, solicitó la modificación de la pena, teniendo en cuenta que **no se configura la circunstancia agravante enrostrada**.

«En primer lugar, expongo ante el Tribunal, los motivos del disenso frente a la sentencia apelada, y esto es frente a la imposición del agravante descrito artículo 384 numeral 1° literal b del C.P., en razón de que el punto exacto, donde se realizó la venta de estupefacientes, es decir en la carrera 41 con calle 10 de la ciudad de Medellín, es una vía pública, y sin que se especificara qué lugares de esparcimiento que lo conformaban, **para lo cual se debió haber determinado en forma clara y concisa**, frente a qué lugares se adecuó este tipo penal, para así determinar el agravante impuesto.

De igual forma, durante la investigación y en la audiencia de juicio oral, la Fiscalía siempre argumentó que dicha investigación se originó, por la venta de estupefacientes en el parque Lleras; sin embargo, lo hoy discernido, nos traslada a una dirección diferente y lejana a la discutida.

Por lo que no se demostró que en dicho lugar o dicha dirección sea un lugar de los señalados taxativamente en la norma; es decir, b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores. De la prueba arrojada para sustentar este recurso.

PRUEBAS.

- 1) Prueba documental-pantallazos ubicación del sitio extraído de Google Earth de la ocurrencia de los hechos carrera 41 con calle 10 del municipio de Medellín, Antioquia.
- 2) audiencia de juicio oral de fecha 03/03/2022 interrogatorio del testigo TATIANA GARCIA OSPINA.
- 3) sentencia condenatoria N° 015 de 22 de junio de 2022 juzgado veintitrés penal del circuito con funciones mixtas de Medellín-Antioquia».

7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los argumentos del impugnante.

8. LAS PRUEBAS VERTIDAS EN EL JUICIO ORAL

Se practicaron las siguientes pruebas testimoniales relevantes:

8.1 Declaración de Fabio Alejandro Munevar Colorado, investigador de la SIJIN

Relató que es investigador de la Sijin hace 14 años, que adelantando investigación por el delito de *Trata de personas y delitos sexuales en el parque Lleras*, se encontró también que se estaba ejerciendo conjuntamente la venta de estupefacientes, que se realizaron entrevistas, vigilancia y seguimientos, incautación de elementos, y de sustancias, durante 2 meses y medio; de la investigación se estableció contacto con la policía de vigilancia, se estableció que vendedores de dulces en chazas ocultaban en ellas las sustancias, como resultado de esa investigación se capturaron 14 personas, incluyendo el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, durante el tiempo que duró la investigación se evidenció que el 11 de octubre de 2019, el procesado vendió a una persona extranjera cocaína y que el 19 del mismo mes y año, realizó venta a la señora Tatiana García, estudiante de la Universidad de Medellín.

Que esta sustancia la tenía en bolsas transparentes, fueron dos actividades que se pueden ver en el video de vigilancia y seguimiento, se tienen videos, el primero de ellos el 01485 de fecha 11 de octubre y el segundo video el 0047, en estos videos se grabaron las actividades que tienen que ver con esta investigación, él embolsó y rotuló los videos, se tuvo contacto con policía de vigilancia para que abordara al extranjero y al señor Nicolás, se colocaron cámaras para la captación de estos eventos que reposan en dos videos uno de cada compra, se realizó entrevista en la Estación de Policía al extranjero y a la señorita Tatiana, él realizó la entrevista y estuvo presente en los dos eventos, que en ambos casos se vendió cocaína, la policía de vigilancia abordó a las dos personas y las remitió a la Estación del Poblado, donde se les recepcionó entrevista y se hace entrega voluntaria por parte de los ciudadanos de la sustancia, se embolsó y rotuló la droga.

Se exhibe el video 01485 de la actividad del 11 de octubre de 2019, pero no se observa bien, después se exhibe el otro video 0047 donde está Tatiana, se llamó a la policía del cuadrante, una vez se toma contacto se lleva a la Estación, se toma la entrevista y hace entrega de la droga, la policía abordó a Nicolás y no le encontró nada, la grabación fue realizada por Daniel Leonardo y el testigo.

Explica que en el primer video se vio que Nicolás le entregó las bolsas a Jesús Múnera para, posteriormente, ser entregados al extranjero, se le solicitó al extranjero que indicara qué había obtenido, y se llevó a la Estación y se le realizó entrevista, una vez recepcionada la entrevista, el extranjero aporta unas señales cómo estaban vestidas las personas con las cuales obtuvo la droga, se incorpora el video exhibido.

Se exhibe el video rotulado 0047, del 19 de octubre de 2019, que muestra el segundo evento, **el lugar donde se realizó ese video fue el parque Lleras**, en la calle 10 con la 41, ese fue el segundo evento con la señorita Tatiana, se observa en el video al señor Nicolás Muñetón y Tatiana es una de las muchachas que está con él, que está vestida con una blusa oscura y tiene en la mano un bombón bum, se observa a Nicolás Augusto Muñetón con la compradora de la cocaína, al final del video se evidencia que Nicolás Augusto Gaviria, le vende perico a la muchacha Tatiana que es estudiante, dentro de las actividades posteriores al video se llamó a la policía del cuadrante para que aborde a la muchacha y haga la verificación de la actuación, una vez se aborda a la señorita se traslada a la Estación de Policía y ella entrega voluntariamente la sustancia estupefaciente y la misma es rotulada y embalsada y queda bajo custodia, y se solicita la prueba PIPH, la grabación la estaban realizando el teniente Daniel Leonardo y el suscrito. Se incorpora el video al proceso.

En **contrainterrogatorio de la defensa**, responde que vio a Nicolás Augusto vendiendo estupefacientes, lo observó presencialmente, que recibió entrevistas que manifestaban la situación de venta de estupefacientes, pero no lo capturó en flagrancia, que no vio qué fue lo que le pasó unas papeletas Nicolás Augusto a otro de los involucrados en esta investigación de nombre Jesús, no verificó lo que Nicolás le pasó a Jesús, pero dice que fue cocaína, que en el video se observa la venta de estupefacientes a Tatiana, pero Nicolás se encuentra de espaldas, que hay dos personas de gorra, no observó la vestimenta de Tatiana.

8.2 Declaración de Daniel Leonardo Moreno, Agente de Policía adscrito a la Interpol.

Es policía hace 15 años, adscrito a la unidad de investigación criminal de Interpol, para 2019, que en agosto se adelantó en Medellín una investigación **en el parque Lleras**. Se detectó la modalidad de prostitución y venta de estupefacientes micro tráfico utilizando chazas fijas o pegadas al cuerpo, se realizó trabajo de campo, vigilancia cosas y una vigilancia por persona en **los sectores conocidos como el parque Lleras desde la carrera 44 hasta la carrera 32 y desde la calle y esa hasta la calle 8ª**, teniendo en cuenta que eran los sectores más concurridos por turistas extranjeras y turistas nacionales, allí evidenciamos obviamente la dinámica delictiva de la prostitución asociada con el micro tráfico de sustancias alucinógenas, y una vez se solicitan las órdenes a policía y son dadas, se da inicio, aproximadamente, el 26 de septiembre con las vigilancias a cosas y se empezaron a realizar verificaciones y a identificar personas, entre ellas, el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, el cual estuvo en dos eventos, uno de ellos fue el 11 de octubre del 2019 a la 1:00 horas de la mañana, el cual quedó registrado mediante una grabación con el número 01485, es un evento donde él actúa en coordinación de Jesús Múnera de hace una venta a un extranjero de nombre David Lauros, el 11 de octubre a la 1:00 de la mañana; esta venta fue observada por el suscrito toda vez que estaba como coordinador de las diferentes actividades de vigilancia que estaban haciendo con el equipo de trabajo, que él se encontraba ese día, aproximadamente, unos 3 metros del señor Nicolás Augusto cuando tuvo un intercambio de papeletas de un polvo de color blanco, que se las pasó al señor Jesús Múnera, que posteriormente fueron entregadas al extranjero, el cual, más adelante fue abordado por policía de turismo y se le realizó una entrevista, en ese mismo evento el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, fue abordado por Policía de turismo y fue identificado, se solicitó a la Fiscalía orden para solicitar foto cédula a la Registraduría del Estado Civil y ahí se dan cuenta que era efectivamente Nicolás Augusto Gaviria Muñetón. Fuera observamos el señor Nicolás Augusto Gaviria en compañía del señor Jesús Múnera, que hicieron una venta de sustancias a un extranjero, eso quedó grabado mediante un video con el número 01485 y como estaba muy cerca, estaba 3 metros, y cerca estaba la Policía de Turismo ya uniformados y ellos en cubierto, le indicó cuál es la persona que debe parar con las características de la ropa que vestía ese día, un buzo rojo, lo señaló y el Policía de turismo le pide documentación para así obtener sus datos de identificación, al extranjero lo entrevistó Fabián Munévar, se realiza solicitud de análisis de PIPH.

Se exhibe el video y el testigo afirma que en el video se observa a Nicolás Augusto Gaviria de rojo, que hace entrega a Jesús de dos papeletas transparentes de color blanco, la distancia es metro y medio a dos metros, observa que Jesús se va para donde el extranjero, cruza palabras con el policía que estaba grabando, pues llevaban más de un mes en el sector y eran caras conocidas, en compañía del policía de turismo se aborda al extranjero y el otro policía aborda a Nicolás para la identificación, no lo requisa porque no son funciones de policía de turismo, solo interesaba la identificación, cuando se le solicita pasaporte no tiene.

En el segundo evento, fue el 19 de octubre, se encontraba en un vehículo grabando, fue a las 22:50 horas, se realizó un video con número 01485, Nicolás le vende a una muchacha Tatiana, estaba con su chaza cuando se evidenció la venta, se aborda a la señora Tatiana, se traslada a la Estación de Policía, Tatiana entrega la sustancia de manera voluntaria, y mediante acta, se solicita análisis y es confirmada, en ambos eventos él se encontraba a una distancia de Nicolás Augusto, no superó los dos o tres metros, podía observar claramente lo que estaba sucediendo.

En el video dos, con el número 0047, **el lugar donde se encontraban era entre calle 10 y carrera 42**, observa al señor Nicolás Augusto, con chaqueta gris y la

señora Tatiana García que se encuentra en frente de él, la señora Tatiana está vestida de blusa blanca, está Tatiana con un bombón bum en su boca, hablando con Nicolás Augusto, y en ese momento Nicolás Augusto hace la venta a Tatiana, se observa la comunicación que tienen y más adelante se realiza la venta, el intercambio, la venta, él se encontraba dentro del vehículo con el agente Munévar, y realiza la venta a la joven, se observa la comunicación, la modalidad de su chaza y realiza la venta, se observó el intercambio, y como ya tenían identificado al señor Nicolás, llama el policía de turismo y la llevan a la Estación de Policía, el video corresponde **al 19 de octubre a las 22:50, en el Parque Lleras**, Tatiana fue abordada por el policía del cuadrante y es conducida a la Estación de Policía y allí dice que había comprado efectivamente, entrega la papeleta y les informa cómo la adquirió, la sustancia se embala, rotulada y se le hace cadena de custodia y se solicita prueba de PIPH, cuando se tiene la respuesta positiva se solicita la confirmatoria.

En **contrainterrogatorio defensa**, dice que observó el intercambio de estupefacientes, se encontraba detrás del compañero que estaba grabando, dentro del video se ve el intercambio, que eran unas papeletas transparentes, era la una de la mañana, eso ocurrió el 11 de octubre de 2019, estaba a 3 metros, mide 1:70 metros.

En el segundo caso se encontraba dentro del vehículo, grabaron el intercambio que hizo Tatiana con Nicolás, el patrullero graba, él observo el intercambio. El policía de turismo verificó la identificación de manera verbal.

8.3 Declaración de Nixon Andrés Hernández Gutiérrez, Patrullero Policía Nacional.

El Patrullero de la Policía Nacional hace parte del grupo investigativo contra los delitos sexuales, realizando una investigación sobre delitos sexuales y tráfico de sustancias, los investigadores Munévar y Moreno dieron cuenta de la problemática, la modalidad era que cada indiciado ofrecía servicios de mujeres y tráfico de estupefacientes en mínimas cantidades, el resultado arrojó 14 capturados por tráfico de estupefacientes y 4 por delitos sexuales, entre los capturados por estupefacientes se encontraba el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, no realizó diligencia judicial alguna, estaba pendiente de la seguridad de los compañeros.

Frente a los videos indica que se observan en el primer evento dos personas y cada uno tiene una chaza en las manos, se observa que el ciudadano Nicolás, de saco rojo le pasa algo al señor Jesús Múnera, estos señores estaban realizando una transacción con un extranjero, estaba a una distancia aproximada de 20 metros y la visibilidad era buena, se observa que Nicolás le pasa algo a Jesús y Jesús es el que hace la transacción con el extranjero, las condiciones del sector es iluminado **porque hay bastantes luces por los negocios**, que Nicolás está pendiente de la transacción y **cuando se realiza salen los dos por la parte de arriba del parque.**

Del segundo video, numerado 0047 indica que, observó dos muchachas de cabello negro y al señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, interactuando con ellas, en ese video estaba a una distancia de 20 metros, aproximadamente, a la altura de la calle 10 entre carrera 40 y 42, se ven hablando, ese fue el segundo evento que se realizó y ese fue posterior al video anterior, observó que Nicolás estaba interactuando con las dos mujeres y que esta persona les entregó algo y ellas le entregaron dinero, pero no pudo observar qué fue lo que les entregó, las condiciones de visibilidad eran óptimas, la grabación la realizó Daniel Moreno y Fabián Munevar, la función suya y

de los compañeros que estaban con él, era brindar seguridad a ellos, luego de la grabación se dio aviso a la Policía de turismo, y él los abordó y el teniente Daniel Moreno y Fabián Munévar se llevaron a una de las ciudadanas, Tatiana García.

8.4 Declaración de Luis Norbey Ayala López, Agente Policía Interpol.

Lleva 8 años en la policía Interpol, para el año 2019 estaba en comisión permanente en Medellín desde 2017. Estuvo en una investigación **en el parque Lleras**, La investigación surgió por una denuncia de delitos sexuales contra menores de edad, y luego se estableció que estaba involucrada la venta de estupefacientes, había una modalidad de personas en chazas vendiendo dulces así disimulaban la venta de estupefacientes, la investigación fue de 2 a 3 meses, se realizó vigilancia a cosas, entrevistas, figuras de agente en cubierto, pruebas PIPH, entre otras, su función era estar pendiente de los actos de investigación en cuanto a la vigilancia a cosas y estar pendiente de la seguridad de todos los investigadores, producto de la investigación se expidieron 18 órdenes de captura y se materializaron 14 el día del operativo, entre los cuales estaba Nicolás Gaviria Muñetón, se logró evidenciar la participación de esta persona en 2 eventos, en uno de ellos logró ver una transacción con unas personas que luego fueron entrevistadas, 1 fue con un ciudadano extranjero para el 11 de octubre de 2019, el otro posterior con una muchacha que fue entrevistada, llamada Tatiana, estaba cerca de los objetivos visualizando la situación y con los compañeros que estaban realizando las tomas video gráficas, estaba a 15 metros, moreno y Munévar eran los investigadores líderes del caso, el lugar era iluminado y el entorno visible, **el primero se dio al frente de la discoteca Gusto, el segundo evento en la calle 10 con la carrera 44 o 45**, estuvo presente en ambos eventos, a lo que se refirió cuando Nicolás y Jesús, no vio directamente que fue lo que le entregaron, pero una vez abordado el extranjero lo llevaron a realizarle la entrevista, el primer evento del 11 de octubre, en el segundo evento si pudo ver de qué se trataba, estaba Nicolás solo y estaba realizando transacción con dos mujeres, en ese evento observó la entrega de una papeletica de color blanca.

Frente a los videos, afirma que es el parque Lleras, se ve al extranjero con camisa de color morado, se observa a Nicolás de buzo rojo, y este le entrega a Jesús una sustancia, y una papeletica, estaba a 15 metros, esas personas las reconoce porque ya habían sido identificadas con ayuda de Policía uniformada de turismo y del cuadrante, se observa que Jesús le entrega al extranjero, se encontraba más arriba donde se sienta la gente, arriba dentro del parque, en las banquitas la visibilidad era clara, estaba sentado y se podía ver todo, debían estar pendientes prestando seguridad.

En el segundo video **parque Lleras por la 10, está Nicolás que tiene la maleta, Nicolás está sacando algo**, luego se estableció que la muchacha es Tatiana, él se encontraba a 15 o 16 metros, siempre estaba cerca de la persona que estaba grabando, observó que Nicolás le entrega una papeletica blanca a Tatiana que es quien la recibe, la visibilidad es buena y había buena iluminación se podía evidenciar la iluminación, se evidencia al final que ella le entrega algo y Nicolás también le entrega la sustancia, luego ella se mete el bombón a la boca, una vez se capta el evento se abordan las personas por la Policía y se les hace la incautación y se trasladan a la estación de Policía y ser entrevistadas, el procedimiento estandarizado era ese.

En el **contrainterrogatorio de la defensa**, dice que se encontraba a 15 metros de quien estaba grabando, no estaba en la parte de atrás, casi al frente sentado en unas bancas, diagonal al evento, lo que vio fue a Jesús que hace la transacción a una persona con camisa de color morado, los policías estaban de frente al evento, él estaba un poco más arriba en la misma cuadra, con respecto al video estaba mirando al frente, no estaba junto a ellos porque ellos estaban en un carro y él se encontraba cerca de ellos, él estaba en la misma dirección, mirando hacia donde estaba, él estaba más arriba, mirando en forma diagonal donde estaba ocurriendo el evento, no le estaba dando totalmente la espalda, estaba a 15 metros de ellos no de los policías.

8.5 Declaración de Tatiana García Ospina (compradora)

Dice que acostumbra **frecuentar el Parque Lleras**, para el mes de noviembre el 18 de 2019, se encontraba con una amiga **cerca de una discoteca, discoteca Berlín**, había un ventero con una cajita de cartón, le compramos 2 bombones, le pregunté dónde podía conseguir *tubsi*, dijo que era muy complicado, que se demoraba, que tenía perico o marihuana, dijo que por ser nosotras lo dejaba en 25.000, entregué la plata, nos dio la papeleta, y nos dio el teléfono por si necesitábamos algo más, es bajito, motilado, labios grandes y boca grande, con un bolsito negro con letras blancas; luego de eso cruzaron la calle, iban para una cigarrería, llegó la policía, les pidió la cédula y les preguntó qué le habían comprado al mucho, tenía bolso gris con bolso negro y blanco, fueron a la Estación para que las requisara una mujer, y allá contamos lo que pasó, les dijeron que entregaran lo que había comprado y dijo lo que había pasado, les entregó lo que compraron y los policías les hicieron unas preguntas, la sustancia se la entregó a los policías que les pidieron la cédula; habían visto por ahí a la persona que les vendió, él siempre era por esos lados vendiendo en la cajita de cartón la gente lo conocía como Nico y sabían que él vendía droga, después lo volvió a ver pero no le compró nada, las veces que lo volvió a ver era con su cajita por ahí, incluso después de eso lo vimos.

Se exhibe el video y se reconoce en el mismo, afirmó que, **ese video fue por la calle 10, frente a la discoteca Berlín**, estaba con su amiga Jaqueline, no recuerda bien a qué horas sucedieron esos hechos, pero más o menos, diez, diez y media, en ese video se encuentra ella, la amiga que está al lado de ella, que tiene chaqueta de jean y el muchacho que tiene chaqueta gris con bolso negro, en ese momentico cree que en la amiga está escribiendo el número de celular de él, porque él les dijo que lo apuntaran por si necesitaban más drogas, él señor sacó la droga de un bolso colgado de las tiritas que tenía colgadas en el bolso.

En el **contrainterrogatorio de la defensa** afirmó que compró la droga en la **calle 10 con la 41 o 42**, a quien se lo compró tenía un buzo gris, un bolso negro, con letras blancas, luego de comprar cruzó la calle con su amiga y siguió hacia una cigarrería, se fue caminando mirando hacia el frente, antes de estar en este juicio, sí lo había visto antes, cuando la Fiscalía la citó y le mostró el video, y recordó todo, ella no se acordaba porque fue en el 2019, cuando le mostraron el video la Fiscal solo le mostró el video y le dijo que los habían grabado unos policías, el video se lo mostraron este año. El nombre de «Nico» él fue el que le dijo que anotaran el teléfono de él y lo pusieran como «Nico».

9. ESTIPULACIONES FÁCTICAS PROBATORIAS

Se pactó entre las partes:

- Plena identidad del acusado.
- Se estipuló como hecho probado que las sustancias analizadas por el perito de PIPH que fueron tomadas del SPOA 248201911548, del cual surgió la investigación que se adelanta contra Nicolás Gaviria, corresponden a Cocaína y sus derivados, que el peso de una muestra es de 1.0 gramo y el otro 0.4 gramos, conforme los informes de investigador de campo, se obtuvieron las pruebas confirmativas de laboratorio.

10. ANEXOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El señor abogado defensor del justiciable, presenta como anexo en el recurso de apelación a modo de «pruebas», la siguiente:

«PRUEBAS.

- 1) Prueba documental-pantallazos ubicación del sitio extraído de Google Earth de la ocurrencia de los hechos carrera 41 con calle 10 del municipio de Medellín, Antioquia».

El recurso (de reposición, apelación, impugnación especial, casación, etc.) no es un «medio que pueda utilizarse para la petición o práctica de pruebas, ni para subsanar requisitos dejados de cumplir o presentar documentos que debieron ser anexados en su oportunidad»¹, tampoco es para allegar memoriales adicionales de alegaciones².

Para la resolución del recurso de apelación no pueden considerarse elementos de juicio que no tuvo ante sí quien profirió la decisión objeto de cuestionamiento, so pena de resquebrajar la lógica y el sentido de la impugnación³.

Los documentos anexados al escrito de impugnación no se pueden valorar pues no fueron presentados ante el juez de primer grado, ni sometidos a contradicción o controversia⁴.

En el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, solo tiene la condición de prueba, aquel medio de cognición que es solicitado, admitido, incorporado y practicado con pleno respeto de los principios de contradicción, intermediación y publicidad, con el

¹ CSJ AP, 21 agosto 1997, rad. 10.926; CSJ AP, 22 septiembre 2010, rad. 33.857; CSJ SP, 19 agosto 2015, rad. 45.083; CSJ AP, 6 mayo 2015, rad. 45.386; CSJ SP, 20 septiembre 2017, rad. 49.148; CSJ AP, 23 noviembre 2017, rad. 44.508; CSJ AP, 31 julio 2019, rad. 54.507; CSJ AP 1704-2021, rad 52.498 de 5 mayo 2021; CSJ SP 4813-2021, rad. 55.836 de 27 octubre 2021; CSJ AP 651-2023, rad. 60.884 de 8 marzo 2023; CSJ SP 203-2023, rad. 55.310 de 31 mayo 2023.

² CSJ SP 451-2023, rad. 64.028 de 1° noviembre 2023.

³ CSJ AP 5725-2017 de 30 agosto 2017, rad. 50.541; CSJ AP 1215-2023, rad. 62.101 de 10 mayo 2023; CSJ SP 151-2024, rad. 60.109 de 7 febrero 2024.

⁴ CSJ SP 057-2022, rad. 58.228 de 26 enero 2022; CSJ SP 076-2023, rad. 60.02 de 1° marzo 2023; CSJ SP 451-2023, rad. 64.028 de 1° noviembre 2023.

objetivo de llevar al convencimiento al juez, acerca de la plausibilidad de las peticiones realizadas por la parte que la solicita⁵.

Se ha dicho que el proceso penal cuenta con unos precisos momentos y oportunidades para aducir pruebas, razón por la que resulta extemporáneo entregarlas a la administración de justicia una vez concluido el juicio y dictadas las sentencias, además de que, por tal razón, resultaría **ilegal su apreciación**, máxime si tuvo mucho tiempo para aportarlas⁶.

El estatuto procesal penal no establece la posibilidad de practicar o incorporar pruebas en segunda instancia, ni muchos menos, en el trámite del recurso extraordinario de casación⁷.

En efecto, «*ni la apelación ni la casación permiten anexar documentos para ser estimados porque el único espacio procesal para aportar elementos materiales probatorios y evidencia física es la audiencia del juicio oral, público, concentrado y con inmediación, por supuesto, previa solicitud y decreto de ellas en audiencia preparatoria, lo que no ocurrió en el sub examine*»⁸.

Con la sustentación de los recursos no puede permitirse la introducción de pruebas no presentadas ante el juez de primer grado, ni sometidas a contradicción o controversia⁹.

En CSJ SP 223-2023, rad. 57.963 de 7 junio 2023, la Corte dijo que no valorará la documentación allegada por el defensor con el recurso de impugnación especial (correspondiente a varias publicaciones relacionadas con la naturaleza química del cianuro y aspectos clínicos de la intoxicación con dicha sustancia), ni la que, en **convalidación de ese indebido actuar**, aportó la delegada Fiscal durante el traslado a los no recurrentes. Tampoco se analizarán los argumentos elaborados por ambas partes con fundamento en tales legajos, y que gravitan en torno a la cantidad de cianuro requerida para una intoxicación aguda o los signos de un envenenamiento de tal estirpe, se insiste, a partir de «*bibliografía adjunta*» que en momento alguno fue debatida durante el juicio oral.

Lo anterior, porque se trata de información que no ostenta la condición de **prueba** en la medida que no cumplió los protocolos de descubrimiento, enunciación, solicitud y práctica durante el juicio oral, y solo fue aportada con ocasión de la sustentación del recurso de impugnación especial, desconociendo, de una parte, las bases del debido proceso probatorio y, de otra, la prohibición de aducir nuevas pruebas durante el trámite de la apelación¹⁰.

Si la impugnación especial se encuentra sometida a las reglas procesales definidas por el legislador para la interposición y sustentación del recurso de apelación, es improcedente que luego de vencido el término para sustentarlo se alleguen por fuera de oportunidad nuevas o reiteradas alegaciones, máxime si sobre ellas los sujetos

⁵ CSJ AP 2455-2019, 26 junio 2019, Rad. 52.226; CSJ SP 057-2022, rad. 58.228 de 26 enero 2022; CSJ AP 651-2023, rad. 60.884 de 8 marzo 2023.

⁶ CSJ SP 1761-2021, rad. 55.687 de 12 mayo 2021.

⁷ CSJ AP 2060-2021, rad. 57.130 de 26 mayo 2021.

⁸ CSJ AP 2 sep. 2020, rad 57.906; CSJ SP 4251-2021, rad. 57.956 de 22 septiembre 2021.

⁹ CSJ SP, 12 mayo 2010, rad. 32.180; CSJ SP, 3 abril 2019, rad. 53.765; CSJ AP, 4 diciembre 2019, rad. 54.061; CSJ AP, 26 febrero 2020, rad. 54.980; CSJ AP 26 agosto 2020 rad. 56.124; CSJ SP 4251-2021, rad. 57.956 de 22 septiembre 2021; CSJ SP 076-2023, rad. 60.02 de 1º marzo 2023.

¹⁰ CSJ SP 1138-2022, 6 abril 2022, rad. 59.738; CSJ SP 4813-2021, 27 octubre 2021, rad. 55.836; CSJ AP 2157-2020, 2 septiembre 2020, rad. 57.906.

procesales no recurrentes carecerían de oportunidad para alegar, en tales situaciones no se apreciará ni se ha de pronunciar sobre el referido escrito extemporáneo¹¹.

Así pues, se elimina materialmente de la carpeta el anexo probatorio presentado por el abogado defensor, el cual se le devolverá de manera inmediata y sin necesidad de ejecutoria de la sentencia *ad quem*.

11. LO PROBADO EN JUICIO ORAL Y PÚBLICO

Con las declaraciones vertidas en el debate oral se probó lo siguiente:

Que los agentes de policía de la Sijin y la Interpol, adelantaban labores de investigación en el **parque Lleras** de esta ciudad, por los delitos de trata de personas y delitos sexuales contra menores.

Durante la investigación se obtuvo que los vendedores ambulantes en «chazas» ocultaban sustancias estupefacientes destinadas para la venta.

Se ingresó al debate oral dos (2) videos, así:

En el primer video, de fecha 11 de octubre de 2019, a eso de la 1 de la madrugada se observa al acusado con una «chaza» en sus manos entregando «algo» a otro sujeto identificado como Jesús Múnera, quien a su vez, le entregó lo recibido a una tercera persona, según los testigos en juicio de nacionalidad extranjera.

No se logró la declaración de este último.

En el segundo video, de fecha 19 de octubre de 2019 a eso de las 22:45 de la noche, se logra comprobar que el procesado le vende a la ciudadana TATIANA GARCÍA OSPINA, sustancia estupefaciente, consistente en cocaína, en un peso neto de 0,4 gramos.

La prenombrada declaró en juicio y señaló al acusado como la persona que le vendió la sustancia ilegal, refirió que él era «*ventero*» o vendedor ambulante, quien estaba muy próximo a la discoteca llamada «Berlín», **en el parque Lleras**; ella se acercó a él junto a su amiga Jaqueline y compró la sustancia estupefaciente incautada y sometida a examinada.

12. SOBRE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE ESPECÍFICA POR LA QUE SE ACUSÓ

12.1 MARCO NORMATIVO Y MARCO FÁCTICO DE LA ACUSACIÓN

Expresa la circunstancia específica de agravación:

¹¹ CSJ SP 451-2023, rad. 64.028 de 1° noviembre 2023.

«Artículo 384. Circunstancias de agravación punitiva. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1. Cuando la conducta se realice:

a) (...).

b) En centros educacionales¹², asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores; (...)).».

La acusación, tanto en el escrito de 13 enero de 2020, como en la audiencia de 2 de marzo de 2020, se dijo sobre el particular:

«Los días 1° de octubre de 2019, sobre las 01.00 horas aproximadamente, en vía pública ubicada en la calle 9 A con carrera 40, y el 19 de octubre del mismo año, siendo las 22.45 horas en vía pública de la carrera 41 con calle 10 del Municipio de Medellín, el señor Nicolás Augusto Gaviria Muñetón, vendió sustancia estupefaciente, consistente en Cocaína, con un peso neto de 1.0 gramos, empacada en dos bolsita plástica de cierre hermético, la primera, y 0.4 gramos la segunda, empacada en una bolsita transparente.

(...)

Como quiera que los hechos antes reseñados se consideran violatorios de la ley penal, que de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida se puede afirmar con probabilidad de verdad, que las conductas delictivas existieron y que el imputado es su autor, la Fiscalía ACUSA al señor NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, a título de AUTOR MATERIAL, del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN, PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de venta, en concurso homogéneo y sucesivo, previsto en el artículo 376 inciso 2° del Código Penal, conducta agravada por realizarse **en un centro recreativo**, de conformidad con el literal b) del numeral 1) del artículo 384 del Código Penal. La pena a imponer en el presente caso es de ciento ocho meses (108) meses de prisión y multa de 4a 150 smmlv. C-1080/02» (se subraya).

12.2 EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA LEY 906 DE 2004

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

¹² Corte Constitucional, sentencia C-535 de 2006, se ordenó: «Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, la expresión “centros educacionales” contenida en el literal b), del numeral 1, del artículo 384 de la Ley 599 de 2000».

El principio de congruencia se predica, en estricto sentido , de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia ¹³ .		
CONSONANCIA PERSONAL	CONSONANCIA FÁCTICA	CONSONANCIA JURÍDICA
Correspondencia personal (el acusado).	Correspondencia fáctica (los hechos).	Correspondencia jurídica (el delito).
<p>Es rígido.</p> <p>Es la identidad en el sujeto, esto es, que la misma persona que es objeto de acusación, sea a la que se refiere la sentencia¹⁴.</p>	<p>Principio de coherencia, a lo largo del diligenciamiento se debe preservar el núcleo fáctico entre los actos de imputación y de acusación, sin que la fiscalía pueda adicionar, gradualmente, hechos nuevos¹⁵.</p> <p>Que por idénticos hechos por los cuales se efectuó el acto acusador, sea emitido el fallo.</p> <p>La jurisprudencia fijó las reglas bajo las cuales es posible modificar la premisa fáctica en la acusación¹⁶.</p>	<p>Es provisional hasta la acusación.</p> <p>Es la correspondencia entre el tipo penal endilgado y por el que se condena.</p> <p>La Fiscalía al momento de acusar puede adecuar el comportamiento delictivo inicialmente atribuido en la imputación, a un <i>nomen iuris</i> diverso que, en su criterio, de manera comprensiva en punto de circunstancias modales, temporales y espaciales, subsuma el acto desaprobado en su totalidad, no es dable elevar cargos respecto de un delito cuya base factual y correspondencia jurídica específica, previamente no han sido conocidas por el imputado¹⁷.</p>
La delimitación efectuada en la diligencia de formulación de acusación se convierte en el límite para el juzgador al momento de atribuir responsabilidad al sujeto pasivo de la acción penal ¹⁸ .		

La congruencia es un mandato que surge de la interpretación de los artículos 29, 31 y 250 de la Carta Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³ CSJ SP, 15 octubre 2014, rad. 41.253; CSJ AP 6587-2016, rad. 48.660; CSJ SP 5897-2016, 10 mayo 2016, rad. 44.425; CSJ SP 1653-2021, rad. 49.157 de 5 mayo 2021; CSJ AP 4179-2021, 15 septiembre 2021, rad. 58.296; CSJ SP 681-2022, rad. 52.672 de 9 marzo 2022; CSJ SP 209-2023, rad. 56.244 de 7 junio 2023.

¹⁴ CSJ SP 1653-2021, rad. 49.157nde 5 mayo 2021.

¹⁵ CSJ SP, 8 julio 2009, rad. 31.280; CSJ SP, 1º febrero 2012, rad. 36.907; CSJ SP 5543-2015, 29 abril 2015, rad. 43.211; CSJ SP 14151-2016, 5 octubre 2016, rad. 45.647; CSJ SP 1651-2021, rad. 52.687 de 5 mayo 2021.

¹⁶ CSJ SP 2042-2019, 5 junio 2019, rad. 51.007.

¹⁷ CSJ SP 1651-2021, rad. 52.687 de 5 mayo 2021.

¹⁸ CSJ SP 5897-2016, 10 mayo 2016, rad. 44.425; CSJ SP 1653-2021, rad. 49.157nde 5 mayo 2021.

En efecto, al definir el objeto del ejercicio del poder punitivo, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento, imponiendo una total correlación factual entre el objeto de debate, inmutable, planteado por el acusador y el fallo sancionatorio¹⁹.

Lo anterior tiene su razón de ser en que la congruencia confiere racionalidad y coherencia a la actuación y permite al procesado ejercer en forma efectiva su defensa, en la medida que sólo puede ser condenado por hechos y delitos contenidos en la acusación, sin que sea posible sorprenderlo con imputaciones frente a las que no ejerció contradicción²⁰.

La congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del sistema acusatorio procesal penal colombiano²¹.

Es una garantía del procesado, conforme a la cual no puede ser declarado responsable por *hechos* y *delitos* que no le hayan sido atribuidos en la resolución de acusación, en cuanto tales cargos se erigen en el marco conceptual, fáctico y jurídico a partir del cual se soportan tanto el juicio como la eventual sentencia, de manera que el juez tiene el imperativo de ceñirse a la acusación, sin que pueda hacer más gravosa la situación del procesado²².

Constituye bastión del debido proceso penal desde la doble perspectiva de garantía (íntimamente relacionado con el derecho de defensa) y estructura (como eslabón)²³, pues le marca al Estado un límite en el ejercicio del *ius puniendi*; su carácter vinculante por antonomasia no puede ser desbordado porque pugnaría con los mismos sustentos del sistema acusatorio²⁴.

Su teleología no hace cosa distinta que exigir una total correspondencia entre el acto complejo de la acusación (escrito y audiencia) el que se extiende hasta la sentencia en el proceso ordinario²⁵, en aras de que el investigado, al momento en que se le acusa, conozca todas y cada una de las circunstancias tanto fácticas como jurídicas en que se edifica el pliego acusatorio y de esta manera, planifique su defensa²⁶.

Es una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción²⁷.

¹⁹ CSJ SP 6808-2016, 25 mayo 2016, rad. 43.837; CSJ SP, 15 octubre 2004, rad. 41.253; CSJ SP 3580-2018, rad. 46.227 de 22 agosto 2018.

²⁰ CSJ SP 3874-2019, rad. 52.816 de 12 septiembre 2019.

²¹ CSJ SP, 25 abril 2007, rad. 26.309.

²² CSJ AP, 26 octubre 2016, rad. 48.457; CSJ SP, 13 abril 2016, rad. 43.156; CSJ SP, 4 septiembre 2003, rad. 20.943; CSJ SP 17954-2017; CSJ SP 3200-2018, rad. 47.500 de 8 agosto 2018; CSJ AP 1187-2023, rad. 56.208 de 26 abril 2023.

²³ CSJ SP, rad. 35.293 de 7 septiembre 2011.

²⁴ CSJ SP, 28 marzo 2012, rad. 36.621; CSJ AP, 25 marzo 2015, rad. 45.491; CSJ SP 1714-2019, rad. 45.718 de 15 mayo 2019.

²⁵ O lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la fiscalía, en casos de terminación anticipada.

²⁶ CSJ SP, 28 marzo 2012, rad. 36.621.

²⁷ CSJ AP 6371-2017, rad. 46.540 de 27 septiembre 2017.

Por lo tanto, la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía, bien con lo que el imputado acepte en audiencia o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la fiscalía²⁸, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación²⁹, identidad que debe estar referida o verificarse en tres aspectos, a saber: el personal, el fáctico y el jurídico³⁰.

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala Penal de la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa, en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad³¹.

En los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en el pliego de cargos y la señalada en la sentencia debe existir perfecta armonía **personal** (en cuanto al sujeto activo), **fáctica** (en torno al hecho humano investigado, con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación) y **jurídica** (en punto de las normas transgredidas con la conducta), de tal suerte que, los cargos concebidos por el órgano acusador corresponda al límite dentro del cual el juez debe verificar si cabe o no atribuir responsabilidad al presunto infractor³².

De esa manera surge claro que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el fiscal puede solicitar la condena y el juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación³³.

Así pues, la congruencia en los aspectos personal y fáctico es absoluta porque no puede ser objeto de modificación, mientras que en el ámbito jurídico es relativa, por estar el juez facultado para absolver, o bien, condenar de manera atenuada o por una conducta distinta de la imputada, siempre que no agrave la situación del procesado y respete el fundamento fáctico de la imputación³⁴.

Al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas³⁵.

²⁸ Artículos 293 y 348 a 354 de la Ley 906 de 2004.

²⁹ Artículo 337 C.P.P. CSJ SP 071-2023, rad. 53.027 de 1° marzo 2023.

³⁰ CSJ AP, 23 mayo 2012, rad. 38.810.

³¹ CSJ SP 8034-2015, rad. 41.685 de 24 junio 2015.

³² CSJ SP, rad. 108.68 de 19 julio 2001; CSJ SP 15779-2017, rad. 46.965 de 27 septiembre 2017; CSJ SP 452.066-2018, rad. 52.507 de 7 noviembre 2018; CSJ SP 209-2023, rad. 56.244 de 7 junio 2023.

³³ CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879.

³⁴ CSJ AP 5142-2016, rad. 46.051 de 10 agosto 2016.

³⁵ CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 337 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación «una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible», cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 C.P.P., alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer «los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación»; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la fiscalía, no podrá ser declarada culpable «por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»³⁶.

A causa del desconocimiento del principio de congruencia en su dimensión fáctica entre la acusación y la sentencia, el juez incurre en un error procedimental absoluto que se refleja en el fallo. En varios pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha consolidado expresamente la tesis de que desconocer la garantía de la congruencia, supone que la providencia incurrió en un defecto procedimental absoluto³⁷.

En el sistema acusatorio penal, la imputación por parte de la Fiscalía debe ser lo más completa, precisa y clara posible de tal forma que tanto el investigado como su abogado defensor conozcan el marco de la imputación y proyecten adecuadamente las consecuencias de una posible aceptación voluntaria y unilateral de responsabilidad a través del allanamiento³⁸. En este caso la congruencia se predica entre la imputación de cargos y la sentencia.

En suma, como se expuso en CSJ AP 5142-2016, rad. 46.051 de 10 agosto 2016, las imputaciones contenidas en la acusación de la fiscalía son Ley del proceso y conforman frontera inquebrantable para el juez, quien está obligado a emitir el fallo en consonancia con los cargos allí formulados, sin que pueda condenar por fuera de esos precisos límites, salvo que una determinación de tal naturaleza resulte favorable a los intereses del sentenciado y no desconozca el núcleo básico de la imputación fáctica³⁹.

Desde la imputación de cargos debe mediar una correspondencia factual que observe desde entonces su núcleo hasta la sentencia⁴⁰. El apartado fáctico reclama la consonancia desde la imputación misma hasta la sentencia⁴¹.

La necesaria congruencia que se materializa entre la acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal que serán objeto del juicio oral y la sentencia, se proyecta desde la imputación, de modo que coherentemente a partir de ella habrá de fijarse los supuestos de hecho que se endilgan y dan a conocer al indiciado como materia de investigación. Sólo es posible acusar y condenar por los hechos que se le dieron a saber al indiciado en la audiencia de formulación de imputación⁴².

³⁶ CSJ SP, 4 mayo 2011, rad. 32.370; CSJ AP, 27 junio 2012, rad. 32.650; CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879.

³⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-424 de 2012, T-152 de 2013.

³⁸ CSJ SP, 21 marzo 2007, rad. 25.862; CSJ SP, 22 agosto 2008, rad. 29.373.

³⁹ CSJ SP, 25 mayo 2011, rad. 32.792; CSJ SP 15015-2017, rad. 46.751 de 20 septiembre 2017; CSJ SP 18091-2017, rad. 49.186 de 1º noviembre 2017.

⁴⁰ CSJ SP 1045-2017, rad. 45.521 de 25 enero 2017.

⁴¹ CSJ SP 4792-2018, rad. 52.507 de 7 noviembre 2018; CSJ SP 792-2019, rad. 52.066 de 13 marzo 2019; CSJ SP 209-2023, rad. 56.244 de 7 junio 2023.

⁴² CSJ SP 1045-2017, rad. 45.521 de 25 enero 2017.

Los juzgadores no pueden extralimitar su actuación más allá del marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía de manera pormenorizada, específica y definida, so pena de cercenar la correspondencia de los hechos y las normas jurídicas aplicadas a determinado caso⁴³.

Para la descripción de hechos jurídicamente relevantes no es necesario el uso de fórmulas sacramentales o expresiones gramaticales absolutamente precisas entre la acusación y el fallo⁴⁴.

Aunque el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prevé que «*el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*», los desarrollos jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han llevado a la consolidación del criterio según el cual la **delimitación fáctica** del trámite depende de la comunicación de hechos jurídicamente relevantes efectuada en la formulación de imputación⁴⁵.

La congruencia constituye un *límite* a las facultades del juez. No puede fallar sobre hechos que no fueron imputados ni por delitos por los cuales no se acusó. Para evitar discusiones en esa materia, la fiscalía debe exponer clara y sucintamente en la acusación los hechos con significado penal, exigencia que incide en otros temas transversales del juicio, como el tema de prueba y el derecho de defensa⁴⁶. Por esa incidencia en la construcción del juicio, los *hechos expuestos* en la acusación son intangibles e inmodificables⁴⁷.

Finalmente, la acusación debe ser claro pues no es les dado al juez interpretarla⁴⁸.

12.3 LA FISCALÍA IMPUTÓ FÁCTICA Y JURÍDICAMENTE LA AGRAVANTE ESPECÍFICA Y ADEMÁS LA DEMOSTRÓ EN JUICIO

En el *sub examine* tenemos lo siguiente:

IMPUTACIÓN FÁCTICA	IMPUTACIÓN JURÍDICA
«Los días 11 de octubre de 2019, sobre las 01:00 horas aproximadamente en vía pública ubicada en la calle 9ª con la carrera 40 y el 19 de octubre del mismo año, siendo las 22:45 horas en la vía pública de la carrera 41 con calle 10 del municipio de Medellín. (...).	«conducta agravada por realizarse en un centro recreativo , de conformidad con el literal b) del numeral 1) de artículo 384 del Código Penal, la pena a imponer dentro del presente caso es del ciento ocho (108) meses de prisión y multa de 4 a 150 smmlv. C-1080/02».

⁴³ CSJ SP, 15 mayo 2008, rad. 25.913; CSJ SP 606-2018, rad. 47.680 de 11 abril 2018; CSJ SP 792-2019, rad. 52.066 de 13 marzo 2019; CSJ SP 209-2023, rad. 56.244 de 7 junio 2023.

⁴⁴ CSJ SP 1714-2019, rad. 45.718 de 15 mayo 2019.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010. CSJ SP, 5 junio 2019, rad. 51.007; CSJ SP 4054-2020, rad. 54.996 de 22 octubre 2020.

⁴⁶ CSJ SP, 8 marzo 2017, rad. 44.599; CSJ SP 008-2023, rad. 58.915 de 25 enero 2023.

⁴⁷ CSJ SP 008-2023, rad. 58.915 de 25 enero 2023.

⁴⁸ CSJ SP 159-2024, rad. 57.304 de 7 febrero 2024.

conducta agravada por realizarse en un centro recreativo ».	
--	--

Recreativo es adjetivo que significa «*recrea o es capaz de causar recreación*», entre sus sinónimos se cuentan: «*lúdico, divertido, ameno, entretenido*»⁴⁹.

La Fiscalía indicó la dirección de comisión del reato «**en vía pública ubicada en la calle 9ª con la carrera 40**» «en la **vía pública de la carrera 41 con calle 10 del municipio de Medellín**» calificándolo como un «*centro recreativo*».

Se probó en juicio, lo siguiente:

Según la declaración de FABIO ALEJANDRO MUNÉVAR COLORADO, investigador de la SIJIN, dijo que es investigador de la Sijin hace 14 años, que está adelantando investigación por el delito de *Trata de personas y delitos sexuales en el parque Lleras*, que allí se encontró también que se estaba ejerciendo conjuntamente la venta de estupefacientes, que se realizaron entrevistas, vigilancia y seguimientos, incautación de elementos, y de sustancias, durante dos (2) meses y medio; se exhibe el video rotulado 0047, del 19 de octubre de 2019, que muestra el segundo evento, **el lugar donde se realizó ese video fue el parque Lleras en la calle 10 con la 41.**

En la declaración de DANIEL LEONARDO MORENO, agente de Policía adscrito a la Interpol, afirma que en agosto se adelantó en Medellín una investigación **en el parque Lleras**, que se detectó la modalidad de prostitución y venta de estupefacientes microtráfico utilizando chazas fijas o pegadas al cuerpo, se realizó trabajo de campo, vigilancia cosas y una vigilancia por persona en **los sectores conocidos como el parque Lleras desde la carrera 44 hasta la carrera 32 y desde la calle y esa hasta la calle 8ª** teniendo en cuenta que eran los sectores más concurridos por turistas extranjeras y turistas nacionales, allí se evidenció la dinámica delictiva de la prostitución asociada con el microtráfico de sustancias alucinógenas; que en el video dos con el número 0047, **el lugar donde se encontraban era entre calle 10 y carrera 42**, observa al señor Nicolás Augusto, con chaqueta gris y la señora Tatiana García, compradora de droga estupefaciente; que el video corresponde **al 19 de octubre a las 22:50, en el Parque Lleras**

Según declaración de NIXON ANDRÉS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, patrullero de la Policía Nacional, afirma que se observa que Nicolás le pasa algo a Jesús y Jesús es el que hace la transacción con el extranjero, las condiciones del sector es iluminado **porque hay bastantes luces por los negocios**, que Nicolás está pendiente de la transacción y **cuando se realiza salen los dos por la parte de arriba del parque.**

El declarante LUIS NORBEY AYALA LÓPEZ, agente de la Policía Interpol, dice estuvo en una investigación **en el parque Lleras**, la investigación surgió por una denuncia de delitos sexuales contra menores de edad, y luego se estableció que estaba involucrada la venta de estupefacientes, había una modalidad de personas en chazas vendiendo dulces así disimulaban la venta de estupefacientes, la investigación fue de 2 a 3 meses, se realizó vigilancia a cosas, entrevistas, figuras de agente en cubierto; que del primero de los eventos se dio al frente de la discoteca Gusto, el segundo evento en la **calle 10 con la carrera 44 o 45**; que estuvo presente

⁴⁹ <https://dle.rae.es/recreativo>

en ambos eventos; que en el segundo video corresponde al **parque Lleras por la 10, que está Nicolás que tiene la maleta, Nicolás está sacando algo**, luego se estableció que la muchacha es Tatiana.

Finalmente, la declarante TATIANA GARCÍA OSPINA (compradora), dice que acostumbra **frecuentar el Parque Lleras**, para el mes de noviembre el 18 de 2019, se encontraba con una amiga **cerca de una discoteca, discoteca Berlín**, había un ventero con una cajita de cartón; se exhibe el video y se reconoce en el mismo, afirmó que **ese video fue por la calle 10 frente a la discoteca Berlín**, estaba con su amiga Jaqueline; en el **contrainterrogatorio de la defensa** afirmó que compró la droga en la **calle 10 con la 41 o 42**, esto es, sector del Parque Lleras.

Como se ve, está más que demostrado que la comisión del reato fue en un centro recreativo, tanto que la venta fue al frente de la Discoteca Berlín.

13. CONCLUSIÓN

En virtud de los argumentos expuestos se ha de confirmar la sentencia de condena.

14. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena en contra de NICOLÁS AUGUSTO GAVIRIA MUÑETÓN, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** se elimina materialmente de la carpeta el anexo probatorio presentado por el abogado defensor en el recurso de apelación, el cual se le devolverá de manera inmediata y sin necesidad de ejecutoria de la sentencia *ad quem*; **(iii)** contra esta decisión procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada