

TEMA: PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL - Que el fallo contenga las razones fácticas, jurídicas y probatorias que lo fundamentan. / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. / **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Constituye una norma constitucional vinculante para todos los poderes públicos, que incluye a los jueces al momento del juicio oral y público, en especial, respecto de la carga de la prueba y al deber de imparcialidad del juez. / **CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA** - Supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

HECHOS: El juez de conocimiento emitió sentencia de carácter absolutorio por duda razonable. El problema jurídico planteado en la primera instancia, consistió en determinar si la prueba practicada en el debate probatorio permitía alcanzar el grado de conocimiento que la ley exige para condenar. La tesis del despacho es que la fiscalía no logró cumplir con esa carga probatoria, por el contrario, quedaron dudas razonables sobre la participación del procesado en calidad de autor de la acción prohibida en el artículo 376 del C.P., dudas sobre la acción de vender sustancias estupefacientes, que demandan la absolución a favor del procesado, toda vez que la participación es una categoría de la conducta punible que debe estar debidamente demostrada para poder entrar a analizar la tipicidad de las conductas endilgadas, luego la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad. Siendo la acción, el primero de los elementos constitutivos de la conducta punible, es decir la manifestación externa de la voluntad del hombre, es lo primero que debe demostrar el ente acusador para poder endilgar responsabilidad penal, probando en su orden la acción, la tipicidad objetiva, la tipicidad subjetiva, la antijuridicidad que permite estructurar el injusto penal y finalmente la culpabilidad, lo que aquí no sucedió desde la acción misma, que quedó en zona de penumbra, de importantes dudas. La Fiscalía solicitó revocar la sentencia de primer grado y en su lugar emitir fallo condenatorio en contra del procesado, aduciendo que no se hizo una debida valoración de los testimonios en cuanto a los principios técnico científicos sobre la real percepción y conocimiento directo de los hechos.

TESIS: La necesidad reclamada por el texto legal (Ley 906 de 2004 en el artículo 162 numeral 4°) de que el fallo contenga las razones fácticas, jurídicas y probatorias que lo fundamentan, está encaminada a preservar el principio de motivación de la decisión judicial y habilitar el derecho de impugnarla, garantizando la doble instancia. El *factum* por consiguiente corresponde a lo probado y debatido en el juicio oral. Tal supuesto de hecho hace relación a las circunstancias modales, temporales, espaciales, de la conducta reprochada y aquellas que la modifican, las cuales se adecuan a la descripción típica objeto de la acusación. La concreción de ellas en la sentencia, permitirá a los intervinientes conocer las razones de hecho y discutir las en el evento de no estar de acuerdo con ellas o considerar que no fueron probadas. (...) La presunción de inocencia, tiene al menos, tres consecuencias importantes: (i) que una persona se considera y debe ser tratada como inocente mientras no sea declarada culpable por sentencia firme (estado de inocencia); (ii) que el obligado a probar es el acusador, y no el imputado (*onus probandi incumbit actori*); y, (iii) en caso de duda se resolverá lo favorable al reo (*in dubio pro reo*, derivado del principio *favor rei*). Tal principio constituye más bien una norma constitucional vinculante para todos los poderes públicos, que incluye a los jueces al momento del juicio oral y público, en especial, respecto de la carga de la prueba y al deber de imparcialidad del juez. (...) En vigencia del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, el estándar implementado por el legislador para emitir decisión de condena *no es el de certeza absoluta*, como en los anteriores sistemas inquisitivos, sino el de *conocimiento más allá de toda duda razonable*, el cual se afianza en términos de probabilidad, certeza racional,

verosimilitud. Para la jurisprudencia, el convencimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del procesado pertenece a un estadio del discernimiento propio de la certeza racional, que se refiere a una seguridad relativa, o aproximativa, dado que llegar a la seguridad absoluta resulta un imposible gnoseológico. (...) Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad, verdad que de acuerdo a la epistemología del proceso penal es una verdad discursiva que, como requisito de toda sentencia condenatoria, debe llevar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la conducta y de la responsabilidad del acusado. El conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia (conforme a las reglas de cada medio) y el análisis sistemático con los demás medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional. (...) La noción de carga dinámica de la prueba, «*que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla*», supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo. Cuando la fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, corresponde entonces a la defensa si busca o pretende controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos de prueba, entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión defensiva de oposición. (...) En la sentencia, el fallador solamente podrá valorar las pruebas lícitas y legales como soporte de una decisión justa. La prueba debe cumplir con el debido proceso probatorio para ser valorada por el juez. Todo ejercicio judicial de valoración probatoria debe pasar por el tamiz del examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento (primario o subsidiario). (...) La condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta, en la medida en que cualquiera que sea la característica del medio de conocimiento, lo imperioso es que su valoración conjunta tenga la condición de superar el estándar de conocimiento de la duda razonable. (...) La prueba indiciaria tiene la capacidad de cimentar una sentencia, pero para ello es necesario que, en forma unívoca y contundente, denote plausiblemente la responsabilidad o inocencia del implicado en los sucesos delictivos juzgados. En todo caso, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada, a efectos de establecer su validez y peso probatorio.

M.P. NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 22/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2018 32632
Acusado	Brahyan Stiven Correa Rojas
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de venta. (Ar. 376 Inc. 2° del C.P.)
Juzgado a quo	Diecinueve (19°) penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia
Hechos	El 20 de diciembre de 2018; Hora:16:43 horas, en la carrera 50-C con calle 67, barrio San Pedro, sector Lovaina, de la ciudad de Medellín
Asunto	Apelación de sentencia absolutoria
Consecutivo	SAP-S-2024-05
Aprobado por Acta	N°051 de 21 de marzo de 2024
Audiencia de exposición	Viernes, 22 de marzo de 2024; Hora: 9:00 am
Decisión	Se confirma en su integridad la sentencia absolutoria
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, marzo veintidós (22) 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 BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1'000.759.073 expedida en Medellín, Antioquia; nacido el 28 febrero 1997 en Medellín, Antioquia; reside en la carrera 49 # 71-37, interior 102, Barrio Campo Valdés, Medellín, Antioquia.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos se concretan según la acusación así:

«El 20 de diciembre de 2018 a eso de las 16:43 horas estando en labores de patrullaje funcionarios de la Policía Nacional en la carrera 50 C con calle 67 en el barrio San Pedro, observan a dos ciudadanos haciendo un intercambio pasándole un elemento a un individuo que

estaba en bicicleta, quien se aleja rápidamente del lugar al percatarse de la presencia de la policía, por lo que le dan alcance en la moto policial le practican un registro sintiéndole un abultamiento en el bolsillo izquierdo del jean pidiéndole enseñara lo que llevara allí, hace entrega de dos (2) cigarrillos con sobre envoltura de aluminio con una sustancia vegetal verdosa con características similares a la marihuana identificándose como DAVID JESÚS GUTIERREZ CC 1.146.440.084 quien manifiesta que el ciudadano de camiseta roja le vendió los cigarrillos, por lo que le solicitan acompañarlos a la URI para una entrevista accediendo a ello y paralelo a ello el compañero registra al ciudadano de camiseta roja a quien le siente un abultamiento.

Hace entrega de dos (2) billetes de dos mil pesos (\$2.000) por lo que incauta el dinero por ser producto de la venta de estupefacientes, por lo que procede a leerle los derechos como persona capturada y procedieron a ponerlo a disposición de la Fiscalía en la URI Centro a quién se identificó como BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS.

De acuerdo a la prueba preliminar de campo PIPH, la sustancia dio positivo para MARIHUANA Y SUS DERIVADOS con un PESO NETO de tres punto un (3.1) gramos.

Ante el juez 18 penal municipal con función de control de garantías, el 21 de diciembre de 2018, se llevaron a cabo las correspondientes audiencias preliminares y se le formuló imputación en calidad de posible AUTOR (Art. 29 del C.P.) de un hecho punible de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (Art. 376 inciso 2 (por) VENTA DE ESTUPEFACIENTES que tiene una pena entre 64 a 108 meses de prisión y multa entre 2 y 150 SMLMV, conforme lo establecido en el libro segundo, título XIII, capítulo segundo, en armonía con lo ordenado se le impuso detención domiciliaria. Imputación fáctica que se reitera en la acusación».

Según acta, el 21 de diciembre de 2018, ante el juez 18° penal municipal con función de control de garantías de Medellín se formuló imputación por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* del Art. 376 inciso 2° del C.P.

Según acta, el 15 de mayo de 2019, ante el juez 19° penal del circuito, se formuló acusación así: *«se acusa al señor BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en modalidad de “llevar consigo con fines de venta”, previsto en el artículo 376 inciso 2 del C.P. la pena a imponer en el presente caso oscila entre sesenta y cuatro (64) y ciento ocho (108) meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales».*

El 15 de agosto de 2019, se realizó audiencia preparatoria.

Se llevó a cabo juicio oral en varias sesiones, culminando el 2 de septiembre de 2020.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 22 de enero de 2021, la juez 19° penal del circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, emite **sentencia de carácter absolutorio por duda razonable**.

Estos fueron los argumentos consignados en la sentencia:

«El problema jurídico a resolver consiste en determinar si la prueba practicada en el debate probatorio permite alcanzar el grado de conocimiento que la ley exige para condenar, de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 381 del C.P.P., en punto de que se hallan probados en debida forma los presupuestos fácticos de la participación en calidad de autor de BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS en venta de sustancia estupefaciente según los hechos de la acusación, para poder predicar más allá de toda duda razonable que fue la persona que el 20 de diciembre de 2018 en la carrera 50-C con calle 67 del Barrio San Pedro, sector Lovaina, de la ciudad de Medellín, le vendió dos (2) cigarrillos de marihuana a JESÚS DAVID GUTIÉRREZ recibiendo en pago \$4.000 pesos en dos billetes de \$2.000, quien al notar la presencia policial escapó en su bicicleta siendo alcanzado por uno de los agentes del orden que se desplazaba como conductor en la motocicleta policial y registrado y al hallarle los 2 cigarrillos de sustancia vegetal señaló al hombre de camiseta roja como el vendedor, persona que estaba retenida por el otro policía, el policía que había descendido de la moto oficial, y ante el señalamiento del joven de la bicicleta le dieron captura y fue identificado como BRAHYAN STIVEN CORREA, el aquí acusado.

La tesis del despacho es que la fiscalía no logró cumplir con esa carga probatoria, por el contrario, quedaron dudas razonables sobre la participación del procesado en calidad de autor de la acción prohibida en el artículo 376 del C.P., dudas sobre la acción de vender sustancias estupefacientes, que demandan la absolución a favor del procesado, toda vez que la participación es una categoría de la conducta punible que debe estar debidamente demostrada para poder entrar a analizar la tipicidad de las conductas endilgadas, luego la antijuridicidad y finalmente la culpabilidad.

En este caso, luego de escuchar a los testigos de la fiscalía: intendente EDWIN ALEXANDER FIGUEREDO GÓMEZ, Patrullero JOSÉ LEONARDO ULLOA, que son los testigos de cargos y sobre los que recae la carga de demostrar la acción típica y antijurídica, pues los demás testigos del ente acusador, el Intendente DIEGO FERNANDO RESTAN, que fungió como policía judicial y el perito JUAN ÁLVARO GUTIÉRREZ VÉLEZ, químico que determinó la calidad y cantidad de la sustancia incautada, no constituyen prueba de la acción de vender sustancia estupefaciente, **y el testigo directo de la acción endilgada el señor JESÚS DAVID GUTIÉRREZ y quien lo entrevistó el Intendente FERMIN SÁNCHEZ, no comparecieron al juicio**, quedando incompleta la carga de la prueba de la fiscalía **y sin posibilidad de ingresar los dichos del comprador**, incluso por la forma residual que permite el legislador, a través de la prueba de referencia por medio de

quien los entrevistó, como usualmente ocurre en los juicios ante tanta dificultad para lograr la comparecencia de un testigo, **pues frente a ambos testigos hubo desistimiento por parte de la fiscalía**, así que no encontramos prueba directa que acredite que el señor BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS, hubiese realizado la acción de vender marihuana al supuesto comprador JESÚS DAVID GUTIÉRREZ. Tampoco dan cuenta de su participación como autor de la acción prohibida de vender sustancia estupefaciente, las estipulaciones probatorias, que solo giraron en torno a la plena identidad del acusado y la confirmación química de la naturaleza de la sustancia incautada como cannabis.

De tal forma que lo que se debía demostrar en juicio no es lo que pasó después de la captura de BRAHYAN STIVEN CORREA, que fue lo que declararon los policiales FIGUEREDO y ULLOA, basados en los dichos de GUTIÉRREZ ECHAVARRIA, el joven de la bicicleta que al ser requisado por el agente de la policía FIGUEREDO, a quien le manifestó “GUTIÉRREZ” que esos 2 cigarrillos de marihuana se los había comprado al joven de camiseta roja, el mismo que tenía retenido ULLOA, y que resultó siendo BRAHYAN STIVEN y por eso le dieron captura, es decir el procedimiento de capturar a BRAHYAN STIVEN CORREA fue consecuencia del señalamiento que de él hizo como vendedor, el comprador JESÚS DAVID GUTIÉRREZ, que justamente era lo que se estaba controvirtiendo en juicio y lo que debía probar la fiscalía, la calidad de autor de BRAHYAN como vendedor de marihuana, y eso no logró demostrarlo el ente acusador en el juicio, **ante la no comparecencia de JESÚS DAVID GUTIÉRREZ, ni de su entrevistador, el policía judicial FERMIN SÁNCHEZ, por lo que ni con prueba de referencia se probó la acción.**

Nótese que la prueba de la fiscalía, tan prometedora cuando se argumentó pertinencia y admisibilidad en la audiencia preparatoria, en punto de que el señor JESÚS DAVID GUTIÉRREZ nos diría en juicio bajo la gravedad del juramento, que él era el comprador de los cigarrillos de marihuana y que los había comprado a BRHYAN STIVEN CORREA, no se cumplió y esos dichos fueron manifestados, primero, a los agentes captores FIGUEREDO y ULLOA, quienes lo trasladaron a la URI para que rindiera entrevista ante el policía judicial FERMNIN SÁNCHEZ, promesa que también se incumplió en el juicio, y quedó reducida a prueba de referencia inadmisibles, pues los agentes FIGUEREDO y ULLOA dijeron en juicio lo que supuestamente a ellos les dijo GUTIÉRREZ ECHAVARRIA, que él era el comprador y que CORREA ROJAS era el vendedor y por eso los agentes los llevaron a ambos a la URI, al primero para ser entrevistado como testigo de cargos y al segundo para dejarlo a disposición como autor del delito del venta de estupefacientes. Reiteramos entonces que, a nuestro entender, la acción de capturar a BRAHYAN STIVEN CORREA fue consecuencia del señalamiento de JESÚS DAVID GUTIÉRREZ, no de la observación directa de los agentes FIGUEREDO y ULLOA, quienes, para proceder a la captura, se

basaron en las manifestaciones de GUTIÉRREZ y le dieron la calidad de testigo comprador y aprehendieron a CORREA ROJAS como autor de venta de estupefacientes.

Así para el Despacho, los testimonios de los agentes captadores EDWIN ALEXANDER FIGUEREDO y JOSÉ LEONARDO ULLOA, son incriminaciones contra el acusado fundamentadas en los dichos de una tercera persona que no compareció al juicio, quien supuestamente había sido el comprador y que BRAHYAN STIVEN CORREA fue el vendedor, pero ante la no comparecencia a juicio como testigo de cargos, sus afirmaciones se tornan en prueba de referencia inadmisibles según las reglas del artículo 437 del C.P.P. que dice que es prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Como sabemos, el legislador prevé una serie de circunstancias excepcionales en el artículo 438 del C.P.P., para que esas pruebas de referencia por regla general inadmisibles, se puedan admitir en el juicio, las cuales han sido aclaradas por la jurisprudencia especialmente en lo relativo al literal b) “evento similar”, cuando los testigos no están disponibles por razones debidamente acreditadas, se permite que el que los entrevistó, usualmente servidores con funciones de policía judicial, bajo unos requisitos como 1) la pertinencia de esa declaración, 2) la demostración de la causal de admisión, 3) la existencia y contenido de la declaración anterior, como por ejemplo en un documento que contiene la entrevista, o por cualquier otro medio de prueba conducente, es posible que ingrese al debate probatorio, con valor suasorio, aunque menguado, esa prueba, lo que tampoco hizo la fiscalía **bajo el entendido que también renunció al testigo entrevistador FERMÍN SÁNCHEZ.**

Entonces, nos quedamos sin tener ningún conocimiento directo de los hechos de la acusación por venta de estupefacientes y solo se arrimaron manifestación de los agentes sobre la captura FIGUEREDO y ULLOA, sin duda alguna, realizada por los dichos de otra persona, JESÚS GUTIÉRREZ, que no vino al juicio, lo que constituye una ruptura en la cadena del conocimiento y una omisión en la carga de la prueba que tenía el ente acusador.

Por el contrario, la prueba ofrecida por la defensa, WILMAR ALEXANDER VILLEGAS, el señor del billar, ANDRÉS CARVAJAL RESTREPO quien estaba jugando parqués con BRAHYAN, IGNACIO DE JESÚS FRANCO, jefe de la bodega de la empresa Excedentes Prosperar, empleador del acusado como cargador y descargador de mercancía, y LEIDY MARCELA MARTÍNEZ, vendedora de ropa en el sector de la captura, amiga del acusado quien también presenció el

procedimiento policial, fueron contestes al declarar en juicio que BRAHYAN STIVEN CORREA, no tuvo nada que ver en el asunto por el que fue llamado a juicio, pues todos corroboran los dichos del acusado BRAHYAN STIVEN, en punto de que el 20 de diciembre de 2018, se encontraba jugando parkés en frente del billar de don WILMAR VILLEGAS ubicado en la calle 50-C Nro 67-55, con ANDRÉS CARVAJAL, quienes manifiestan que llegó la policía a hacer una requisita y pedir documentos y BRAHYAN SITVEN no portaba su cédula de ciudadanía y por eso los agentes le ordenaron retirarse del lugar, él no hizo lo mandado y la policía regresó y se lo llevó para la esquina, ellos pensaron que era por la falta de la cédula, pero luego se enteraron que fue por un señalamiento como vendedor de estupefacientes, tal como lo manifestó en su testimonio CORREA ROJAS, en lo que también corroboran la versión del acusado es en punto de que tiene un trabajo lícito como cargador de mercancía en la bodega que dirige el señor VILLEGAS y que ese día estaba de descanso, jugando parkés con sus amigos en el billar de don WILMAR, pues así lo manifestaron por lo menos 3 testigos, WILMAR VILLEGAS, ANDRÉS CARVAJAL y LEIDY MARCELA MARTÍNEZ, quienes a pesar de las inconsistencias que percibe la señora fiscal en sus dichos, en esencia no fueron impugnados en su credibilidad, fueron confrontados como le corresponde a la contraparte, pero no se acreditó que estuvieran faltando a la verdad y el hecho de tener un vínculo de amistad con el acusado no les resta credibilidad a sus dichos, por el contrario, en juicio se probó que si estaban presentes el día 20 de diciembre de 2018 en el billar y sus alrededores, que presenciaron la llegada de los agentes de la Policía y el procedimiento de rutina de registrar y solicitar documentos a los ciudadanos allí presentes y que de los que jugaban parkés ese día y hora, solo BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS no tenía su cédula y eso le generó un requerimiento por los agentes, pero se retiraron del lugar y luego regresaron por BRAHYAN STIVEN y se lo llevaron para la esquina, a partir de ese momento tanto el acusado BRAHYAN STIVEN CORREA, como la joven LEIDY MARCELA afirman que uno de los agentes de la policía regresó por BRAHYAN STIVEN y se lo llevó a la esquina donde el otro agente llegó con un joven que tenía una bicicleta y se los llevaron, lo que es coherente con lo expuesto por los testigos de cargos, el Intendente FIGUEREDO y el patrullero ULLOA, en punto de que tras el señalamiento que hizo JESÚS GUTIÉRREZ de que le había comprado esos 2 cigarrillos de marihuana a BRAHYAN se los llevaron para la URI, al comprador como testigo para que rindiera entrevista y al vendedor como detenido. Quedando demostrado que la versión de los policiales FIGUEREDO y ULLOA dependía directamente de los dichos de JESÚS GUTIÉRREZ, pues ellos actuaron como agentes captadores tras el señalamiento que a ellos les hizo el supuesto comprador que no declaró en juicio.

Y siendo la acción, el primero de los elementos constitutivos de la conducta punible, es decir la manifestación externa de la voluntad del hombre, es lo primero que debe demostrar el ente

acusador para poder endilgar responsabilidad penal, probando en su orden la acción, la tipicidad objetiva, la tipicidad subjetiva, la antijuridicidad que permite estructurar el injusto penal y finalmente la culpabilidad, lo que aquí no sucedió desde la acción misma, que quedó en zona de penumbra, de importantes dudas, no solo por la omisión de la fiscalía de traer al testigo de cargos, sino también por los hechos acreditados por la defensa con sus testigos sobre un evento previo, el ingreso de la policía a pedir cédulas, la no identificación del acusado ante los gendarmes, el regreso de un policía al billar para llevarse a BRAHYAN STIVEN hasta la esquina donde al parecer hay una cámara de seguridad, recordemos que estamos hablando de cercanías de la estación del metro Hospital, lo que pudo haber sido verificado o desvirtuado por el ente acusador, pero no se hizo y no queda más opción que resolver esas dudas a favor del procesado.

¿Nos preguntamos, qué prueba practicada en juicio tal como lo exige el artículo 381 del CPP fue la que trajo la fiscalía que soporte esa incriminación? ¿Qué prueba hay que demuestre la participación en calidad de autor del delito de venta de estupefacientes de BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS? La respuesta a estos interrogantes es que la fiscalía no logró cumplir con la carga de demostrar la responsabilidad del acusado en los hechos del 20 de diciembre de 2018 en la carrera 50 C con calle 67 de Medellín, porque como se dijo en precedencia, el testigo de cargos JESÚS GUTIÉRREZ comprador no compareció y su entrevistador el policía judicial FERMIN SÁNCHEZ tampoco, por lo que consideramos que no logró el ente acusador demostrar que el acusado participó en ellos.

Y es en la participación y en la responsabilidad donde existe un vacío probatorio, pues ninguno de los medios de prueba practicados y aportados en la audiencia de juicio oral, bajo los principios de contradicción e inmediación, demuestran que el acusado BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS, fue la persona que vendió dos cigarrillos de marihuana a JESÚS GUTIÉRREZ el día 20 de diciembre de 2018 en la carrera 50 C con calle 67, por lo que no es posible jurídicamente endilgarle la responsabilidad penal en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, formulado en la audiencia de acusación.

A través de la prueba testimonial, pericial y documental practicada en el debate probatorio, se observó con frecuencia el uso de declaraciones anteriores de personas que no comparecieron al juicio y que en consecuencia afectaron grandemente la teoría del caso de la fiscalía, especialmente por el desistimiento de prueba por parte del ente acusador de las personas que decían tener conocimiento directo de la participación de BRAHYAN STIVEN CORREA como vendedor de estupefacientes, en este caso el comparador GUTIÉRREZ ECHAVARRIA y su entrevistador FERMIN SÁNCHEZ, sin embargo, a pesar de su importancia, se desistió de esos testimonios.

Por manera que el efecto de esta decisión del ente acusador, se refleja en la merma del poder suasorio de las demás pruebas, que terminaron siendo de referencia, pues los policiales FIGUEREDO y ULLOA actuaron con base en los dichos de GUTIÉRREZ, y los demás investigadores, DIEGO FERNANDO RESTAN , policía judicial, JUAN ALVARO GUTIÉRREZ perito químico, no podían suplir esa falencias probatorias, que no permiten confirmar la participación del acusado en los hechos del juicio, quedando un aspecto sustancial objeto del debate **la participación del señor CORREA ROJAS**, basada en prueba de referencia, lo que está prohibido en los artículos 437 y el 381 inciso 2 del CPP, normas que dicen que la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia y en este caso, la acción de vender sustancias estupefacientes, quedó en dichos anteriores de personas que no comparecieron al juicio.

Con esto queda claro que no hay prueba para superar la duda razonable en relación con la realización del verbo rector vender sustancias estupefacientes endilgado al señor CORREA ROJAS, siendo este el primer elemento a probar antes de su ubicación o adecuación dentro de un tipo penal y en virtud a lo expuesto, para esta Juez resulta preciso absolver al procesado, dando aplicación al principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo, consagrado en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, pues la presunción de inocencia que lo cobija, no fue desvirtuada».

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA FISCALÍA 179 SECCIONAL DE MEDELLÍN

La fiscal 179 seccional, doctora PATRICIA MARÍA SIERRA VÁSQUEZ, solicitó revocar la sentencia de primer grado y en su lugar emitir fallo condenatorio en contra del procesado, así:

Primero: no se hizo una debida valoración de los testimonios en cuanto a los principios técnico científicos sobre la real percepción y conocimiento directo de los hechos.

Segundo: carece de fundamento, el argumento repetitivo que la Fiscalía no cumplió la carga probatoria debida para proferirse sentencia de condena en juicio.

«Tampoco puede olvidar la señora juez, que este es un sistema adversarial, de partes y con carga dinámica de la prueba y libertad probatoria art. 373 c. p. p. no hay tarifa legal

Es claro que con los EMP allegados al juicio, pudo colegirse de manera razonable el comportamiento descrito en la Ley como prohibido, no amparado en el orden jurídico. Y la juez para absolver se apoya en variables especulativas, refractarias a los varios medios de conocimiento aportados y al análisis legal permitido, a las percepciones directas de los órganos de los sentidos de los

uniformados captores, que claramente explicaron cómo fueron **testigos presenciales del intercambio**, que comprador y procesado vendedor, hicieron, de **la huida**, al retirarse ambos inmediatamente del lugar **al percatarse de su presencia** y que **un uniformado fue tras de uno y el otro dio alcance al otro** y al registrarlos **los hallazgos**, encontraron **en poder de uno, la sustancia, dos 2 cigarrillos de marihuana y del otro, el dinero, los cuatro mil pesos (\$4.000)**, pudiendo develar ellos y cualquier observador objetivo, sin ningún desgaste intelectual, ni jurídico, **quien vendió y quien compró y que fue lo vendido y qué lo comprado, y que se pagó y que fue esa la razón de la captura** y NO, NO, como dice la juez, que lo qué supuestamente les dijo el comprador, o los dichos de un tercero y tampoco es cierto que su versión dependió de los dichos del comprador.

Olvida la Juez sobre las percepciones diversas que puede tener un testigo y sobre qué declara un testigo en juicio y que ambos servidores públicos lo hicieron, de manera clara, conteste y no fueron contradichos, ni impugnados en su credibilidad.

Desconoce la contundencia de los hechos percibidos directamente, la prueba de ley para el fallo condenatorio. Distrae la responsabilidad penal con argumentos que desconocen las declaraciones de los policías. Los hechos claros que demostraron la acción de venta de estupefacientes. Le resta mérito y la contundencia a la acción que ellos vieron y de la que fueron partes activas, en el ejercicio de sus funciones públicas.

Es tan absurda la aseveración de la juez, que es como si alguien escucha un disparo, voltea y ve correr a alguien con el arma en la mano, no hay nadie más en el lugar cerrado, como no lo vio disparar y la víctima se murió, entonces según la miope versión, ni siquiera hay muerto y el testigo presencial no podría declarar, porque no vio el hecho, no obstante haber escuchado, saber quiénes estaban en el lugar y que acción se produjo.

Tampoco es cierto que, ante el señalamiento del comprador, fue que se produjo la captura, pues un uniformado retuvo y requiso al uno y el otro, y conforme lo que observaron y luego hallaron, procedieron a hacer la captura. Es que la Juez pretende que capturaron al comprador, cuando ello no es verdad, lo interceptaron, lo registraron y le hallaron los cigarrillos, pero simula que lo capturaron, cuando ello TAMPOCO ES VERDAD.

Ellos vieron la ACCIÓN que desconoce la Juez, y ese comportamiento, es TÍPICO, ANTIJURÍDICO Y CULPABLE y la penumbra que señala, no está más que en su visión».

Tercero: también se probó la calidad y cantidad de la sustancia estupefaciente.

Cuarto: no se valoraron los testimonios de la defensa.

«Tampoco resulta ajustada a derecho la valoración que hace de los testimonios de la defensa y su acogimiento, sin glosa, no obstante sus contradicciones en la narración de los hechos, se observa que no parece lógico desde ningún punto de vista, la pretensión de un falso positivo y o de un interés fraudulento de los policías, en perjudicar a CORREA ROJAS. Pues si ello fuera así, y supuestamente ese fue el móvil policial, porqué los testigos de la defensa, dan cuenta de que los policías lo hicieron ir a la esquina, donde había un joven en una bicicleta y todos pretenden que no saben porque lo capturaron».

Quinto: en resumen, no hay duda sobre los elementos y extremos fundamentales de la conducta delictiva, se desvirtuó de manera legal la presunción de inocencia a través de la prueba legalmente practicada en juicio; y, los juicios realizados por la Juez en la sentencia están alejados de la lógica, la imparcialidad, las reglas de la experiencia y no hubo, referencia expresa y razonada de porqué los testimonios de la defensa lograron desvirtuar los cargos, y por qué, no le son de recibo los de los uniformados, en derecho.

6. ARGUMENTOS DE LA ABOGADA DEFENSORA

La doctora SILVIA ALZATE QUINTERO, obrando en calidad de defensora pública, solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, toda vez que no se desvirtuó el principio de presunción de inocencia; los elementos de prueba no son suficientes para emitir una sentencia de condena; y, la valoración de la prueba que hizo el operador judicial es ajustada a la decisión.

Textualmente indicó:

«pues es claro que no bastó con la declaración de los agentes captores y que sus versiones se ponen en entredicho con las versiones de los testigos de la defensa, que contrario a lo que indica la Fiscalía dan una versión clara y contundente frente a la presencia de CORREA ROJAS en el lugar de los hechos o donde fue capturado, y del porque no se enteraron ni se explicaron porque fue capturado cuando solo estaba jugando parques y lo único malo, por así decirlo es que no portaba cédula.

Tal y como indica el despacho, cosa diferente pudo pasar si se hubiere llevado a juicio a el presunto comprador quien fue plenamente identificado, ubicado y sin justificación alguna se negó a asistir a juicio tal y como lo indicó la Fiscalía al renunciar a este testimonio y al del funcionario que recibió la entrevista del mismo; situación que dejó a la Sra Juez con una percepción de duda frente a los hechos que nos ocupa y frente a esta duda es que decide absolver a CORREA ROJAS de los cargos por los que fue acusado, pues no bastaba con los testimonios de los agentes captores que indicaron que capturaron a mi defendido por los dichos de otra persona que dijo haberle comprado.

Quedó entonces corta la Fiscalía al no poder ni siquiera incorporar la entrevista de la persona que señaló a CORREA ROJAS como un presunto vendedor de sustancias estupefacientes, como es usual en estos casos y así dar a la Sra Juez un conocimiento más allá de toda

duda de la responsabilidad de mi asistido como lo exige la ley para proferir condena.

Para concluir, indico que la Fiscalía no presentó argumentos suficientes para que se revoque la sentencia de primera instancia, pues no es errada la posición del despacho en afirmar que la declaración de los agentes captores se constituyó en prueba de referencia que pudo completarse o corroborarse con otros testimonios solicitados por el ente acusador y que presuntamente tenían conocimiento directo de los hechos, pero no se hizo, dejando un vacío en el caso que generó duda para resolver en contra de CORREA ROJAS y teniendo que dar así aplicación al principio del IN DUBIO PRO REO.»

7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los argumentos de la fiscal seccional impugnante y de la abogada defensora del implicado.

8. PRUEBAS DE LA FISCALÍA PRACTICADAS EN EL JUICIO ORAL

8.1 Declaración del patrullero Edwin Alexander Figueredo Gómez

Relató que participó en la captura del ciudadano BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS el 20 de diciembre de 2018 en la carrera 50 C con calle 67, Barrio San Pedro, donde observó 2 ciudadanos uno de pie **que entrega un objeto** y otro que se desplazaba en bicicleta y al notar la presencia policial trató evadir el control y escapó, por lo que lo siguió y lo retuvo como 4 metros más adelante, mientras tanto su compañero se quedó con el otro ciudadano que tenía camiseta roja y estaba de pie en la vía. Dijo que registró al joven de la bicicleta y le encontró en el bolsillo derecho 2 cigarrillos con envoltura de aluminio y con sustancia vegetal similar a la marihuana **y este le manifestó voluntariamente que el joven de camiseta roja que estaba con el otro policía era el que le había vendido esos cigarrillos de marihuana, que había pagado \$ 4.000 así, 2 billetes de \$2.000 por cada cigarrillo**, que de inmediato fueron donde el otro patrullero que tenía al joven de camiseta roja y lo registraron y le hallaron los 2 billetes de \$2.000, que por eso se fueron con los dos para la URI **donde le tomaron entrevista al comprador** y dejaron a disposición al capturado por venta de estupefacientes.

En el conainterrogatorio el testigo manifestó que la captura de BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS se hizo luego del señalamiento que le hizo el joven de la bicicleta, que ellos trabajan en pareja como cuadrante, que él persiguió al joven de la bicicleta y su compañero se quedó con el hombre que estaba en la vía **vestido de camiseta roja que fue señalado como vendedor**. Aclaró que en el sector no había otras personas, que ese punto es muy solo, pero a 15 o 20 metros hay una tienda.

8.2 Declaración del patrullero, José Leonardo Ulloa Ulloa

Relató que los hechos ocurrieron el 20 de diciembre de 2018 en la carrera 50-C con calle 67 cuando observaron a 2 ciudadanos **que hacían un intercambio de objetos**, que él que iba de parrillero, se bajó de la moto policial y se quedó con el sujeto de camiseta roja mientras su compañero que era el conductor de la moto, le dio alcance al muchacho de la bicicleta. Agregó que luego su compañero llegó hasta donde él estaba con el joven de la bicicleta **y éste señaló al hombre de camiseta roja como el que le había vendido esos cigarrillos marihuana**, por eso lo registraron y en el bolsillo le hallaron 2 billetes de \$2.000 y lo capturaron como el vendedor de estupefacientes, en tanto que al otro joven lo condujeron a la URI **para para que rindiera entrevista como comprador**. En el conainterrogatorio dijo que a los jóvenes los observaron a una distancia de 4 metros y que ellos estaban solos, no había otras personas en el sector, pero que más lejos había una tienda con otra gente, que no es un sitio residencial, hay bodegas y que antes había visto a BRAHYAN SIVEN CORREA en ese sector.

En el redirecto aclaró que su compañero dio alcance al joven de la bicicleta como a 40 metros de donde él estaba.

8.3 Declaración de Juan Álvaro Gutiérrez Vélez, perito químico

Manifestó que el 7 de septiembre de 2019 realizó un informe pericial sobre un elemento material probatorio vegetal que fue puesto a disposición del laboratorio para confirmar la naturaleza de la sustancia incautada que preliminarmente había dado positivo para marihuana cannabis, procedimiento que se hizo con el cromatógrafo, reactivos químicos y otros equipos del laboratorio con lo que efectivamente se confirmó que se trataba de cannabis.

8.4 Declaración de Diego Fernando Restan Ruendes, Policía Judicial

Indicó que sus labores investigativas en el caso consistieron en verificar el arraigo del procesado, solicitar exámenes químicos a la sustancia incautada y trasladar los EMP del almacén de evidencias al juicio.

9. PRUEBAS DE LA DEFENSA PRACTICADAS EN EL JUICIO ORAL

9.1 Declaración de Wilmar alexander Villegas Gómez

Persona que tiene un negocio de billar ubicado en la carrera 50-C Nro 67-55, barrio Lovaina de la Ciudad de Medellín, indicó que el día 20 de diciembre de 2018 estaba trabajando en su negocio de billar, cuando llegaron unos policías y le pidieron la cédula y una requisita a los clientes que estaban en el billar, allí estaba BRAHYAN STIVEN jugando parqués con otros clientes, el acusado, lo requisaron, le pidieron los papeles, no tenía la cédula, los policías se fueron del billar y cuando menos se pensó, los policías regresaron por él y se lo llevaron. Sobre BRAHYAN indicó que lo conoce porque es cliente del billar, va a jugar y a tomar. En el conainterrogatorio manifestó que cuando llegó la policía él estaba trabajando en el billar y BRAHYAN estaba jugando parqués, y que no sabe qué pasó afuera porque siguió trabajando.

9.2 Declaración de ANDRÉS CARVAJAL RESTREPO

Dice que trabaja en punto de venta de comida cerca de la Estación del Metro Hospital, indicó que conoce a BRAHYAN y que el día 20 de diciembre de 2018 estaba jugando parkés en el billar con varios amigos, llegó la policía les hizo un registro y pidió cédulas a todos, BRAHYAN no tenía cédula, el agente de la policía le dijo que se retirara del lugar, él no se salió, siguió jugando parkés, los policías se fueron, luego un policía volvió al billar y sacó a BRAHYAN, y después me di cuenta que se lo habían llevado, aclaró que BRAHAYAN estaba en una mesita del billar que está ubicada afuerita donde había varias personas jugando y charlando. En el contrainterrogatorio manifestó que en el billar no hubo problema, que en el procedimiento participaron 2 policías, pero solo 1 se devolvió por BRAHYAN y que no supo por qué se lo llevó, que ese día estaban jugando varios entre ellos, LEIDY, JUAN DIEGO, un muchacho del billar que le dicen MIMA, BRAHYAN y otros. Explicó que ese día ellos estaban jugando parkés afuerita del billar, luego el policía se devuelve por BRAHYAN y se lo lleva para la esquina, que él siguió jugando, pero observó lo que pasaba en la esquina con BRAHYAN y lo puso frente a la cámara de seguridad, dijo que ellos se imaginaron que se lo llevaban porque no tenía cédula.

9.3 Declaración de IGNACIO DE JESÚS FRANCO MONTOYA

Administrador de las bodegas de la empresa EXCEDENTES PROSPERAR. Indicó que conoce a BRAYHAN STEVEN, desde niño, que han laborado en la misma empresa desde hace 13 años, que BRAHYAN laboraba para Él hace como 2 años y medio en contratos de 4 a 5 meses en la bodega, que su tarea es descargar y cargar carros, que el día que lo cogieron estaba en descanso, ese día no laboró y le dijeron que la policía lo había cogido, pero no sabe por qué, que él no fue a laborar al otro día, que no preguntó cómo fue la captura, que para la fecha que fue capturado BRAHYAN trabajaba para él, ese día le había dado descanso porque no había mucho trabajo, que él les paga por un promedio diario, un poquito más del mínimo diario, que para el día que lo cogieron no le había pagado. No hubo contrainterrogatorio.

9.4 Declaración de LEIDY MARCELA MARTÍNEZ CARMONA

Venderá de ropa de manera informal, indicó que en su trabajo en la calle es usual que llegue la policía a pedir documentos y hacer registros, que ellos acceden, que el día de los hechos ella se encontraba en la tienda donde juegan billar y vio que los muchachos estaban jugando parkés y hasta ese sitio llegaron agentes de la policía a requisar y pedir cédula, que BRAHAYN su amigo, no tenía cédula y el policía salió para la esquina y al ratito regresó y se llevó ABRAHYAN, que ella reconoció al policía que se llevó a su amigo porque en varias ocasiones le ha pedido registros de la mercancía y le que muestre la cédula, es grosero con la gente y los echa y les impide trabajar. Sobre la captura de BRAHYAN dijo que el agente que regresó por él y le dijo que estaba haciendo allá si le había dicho que se fuera por no tener cédula y se lo llevó. En el contrainterrogatorio manifestó que ella vio que en la esquina a donde llevaron a BRAHYAN también tenían a otro muchacho que dijo que él era el que estaba vendiendo marihuana y los llevaron.

9.5 Declaración del procesado BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS

Explicó que el día de los hechos estaba jugando parkés en el billar con LEIDY y ANDRES, y allí estaba el señor del billar y otras personas más. Que ese día llegó la policía y pidió que mostraran las cédulas, pero él no tenía la cédula y el policía se la montó y le dijo “venga para acá” lo registro y le sacó la plata que tenía en el bolsillo para jugar y tomar fresquito, llamó al otro patrullero y ese otro patrullero llegó hasta la esquina con el otro muchacho que estaba en bicicleta y le dijeron a él que estaba detenido por venta de estupefacientes. Indicó que ese día no estaba trabajando, que trabaja en la empresa EXCEDENTES PROSPERAR, pero ese día no había cargue ni descargue de carros y el patrón, el señor IGNACIO FRANCO le dio el día libre y por eso estaba en billar jugando parkés. Agregó que después que los dejaron detenido en la casa, el policía iba y se burlaba de él.

10. PRUEBAS DESISTIDAS EN JUICIO POR LA FISCAL DEL CASO

La fiscal 179 seccional, doctora PATRICIA MARÍA SIERRA VÁSQUEZ, en desarrollo del juicio oral y público ante el juez 19 penal del circuito de Medellín, desistió de la práctica de la siguiente prueba testimonial

Uno: patrullero FERMÍN SÁNCHEZ MARÍN, quien entrevistó al supuesto comprador de la droga estupefaciente.

Dos: técnico JOSÉ ROBERTO MONTOYA.

Tres: testigo JESÚS DAVID GUTIÉRREZ ECHAVARRÍA supuesto comprador de la sustancia incautada

11. HAY TESTIGOS DIRECTOS DE LA VENTA SEGÚN LA FISCAL 17 SECCIONAL

Previa disquisición sobre los fundamentos de la crítica testimonial, dice la censora que los *«uniformados captores, que claramente explicaron cómo fueron testigos presenciales del intercambio, que comprador y procesado vendedor»* y que *«pudiendo develar ellos y cualquier observador objetivo, sin ningún desgaste intelectual, ni jurídico, quien vendió y quien compró y que fue lo vendido y qué lo comprado, y que se pagó y que fue esa la razón de la captura»*.

➤ La Sala ha de explicar lo siguiente:

Uno: el patrullero EDWIN ALEXANDER FIGUEREDO GÓMEZ dijo en juicio que desde su lugar observó a dos ciudadanos uno de pie **que entrega un objeto** y otro que se desplazaba en bicicleta y que al capturar a uno de ellos **le manifestó voluntariamente** que el joven de camiseta roja que estaba con el otro policía era el que le había vendido esos cigarrillos de marihuana, que había pagado \$ 4.000 así, 2 billetes de \$2.000 por cada cigarrillo.

Por su parte el patrullero JOSÉ LEONARDO ULLOA ULLOA, dice que observó **que hacían un intercambio de objetos** y luego su compañero llegó hasta donde él

estaba con el joven de la bicicleta **y éste señaló al hombre de camiseta roja como el que le había vendido esos cigarrillos marihuana**, por eso lo registraron y fue llevado a la URI **para para que rindiera entrevista como comprador**

Ambos hablan de un intercambio de «*objetos*». Ninguno afirma de viva voz que el uno entregó dinero y el otro recibió a cambio droga estupefaciente. Eso no les consta. Es tan claro el asunto que tal aspecto no fue afirmado en juicio. Simplemente dijeron lo que les constaba: un simple intercambio de «*objetos*», sin percibir el verdadero **objeto**.

La Fiscalía tiene el deber de llevar pruebas para establecer ese «*objeto*» de la transacción, lo cual, en el *sub lite*, era bastante sencillo y obvio: a través de la declaración del comprador JESÚS DAVID GUTIÉRREZ ECHAVARRÍA.

Pero ya se dijo que la Fiscalía desistió de este importante declarante.

De todas maneras, también podría contar con prueba de referencia legalmente admisible, pero la Fiscalía no acudió a este mecanismo del Art. 438 del C.P.P.; adicionalmente, desistió de la declaración de quien recibió la entrevista, el patrullero FERMÍN SÁNCHEZ MARÍN.

En fin, la Fiscalía *motu proprio* decidió quedarse sin testigos importantes para la comprobación de su teoría del caso, pues por su propia voluntad desistió de los mismos.

La valoración probatoria debe llegar entonces hasta lo que dicen los testigos: que observaron un intercambio de «*objetos*», sin saber qué elemento era, pues no lo percibieron por sus sentidos. En la calificación de «*objetos*» caben muchos elementos, claro que sí, pero no necesariamente droga estupefaciente.

A los dos patrulleros declarantes el testigo directo les dijo que compró droga estupefaciente, y así lo transmitieron en juicio, esto es, transmitieron un mensaje de oídas, son testigos directos de esa mención, pero no son testigos directos de la compra de droga estupefaciente, como se ha dicho.

En fin, se puede acudir a la prueba de indicios. El más elemental, el de presencia en el lugar de los hechos, predicable además de los testigos de la defensa, pero es insuficiente todavía para llegar al estándar que requiere la sentencia de condena. Aunque también se tiene el de huida, el cual tampoco es suficiente.

Se queda sin fundamento la impugnación consistente en que el juzgador hizo una indebida valoración de los testimonios en cuanto a los principios técnico científicos sobre la real percepción y conocimiento directo de los hechos, en fin, que fue una absolución sin motivación.

La necesidad reclamada por el texto legal (Ley 906 de 2004 en el artículo 162 numeral 4º) de que el fallo contenga las razones fácticas, jurídicas y probatorias que lo fundamentan, está encaminada a preservar el principio de motivación de la decisión judicial y habilitar el derecho de impugnarla, garantizando la doble instancia¹.

El *factum* por consiguiente corresponde a lo probado y debatido en el juicio oral. Tal supuesto de hecho hace relación a las circunstancias modales, temporales,

¹ CSJ SP 2061-2022, rad. 55.605 de 15 junio 2022.

espaciales, de la conducta reprochada y aquellas que la modifican, las cuales se adecuan a la descripción típica objeto de la acusación².

La concreción de ellas en la sentencia, permitirá a los intervinientes conocer las razones de hecho y discutir las en el evento de no estar de acuerdo con ellas o considerar que no fueron probadas³.

Ahora, si la fundamentación fáctica de la sentencia contempla hechos que no se compadecen con lo decidido, no hay duda de que existe un defecto que incide en su sentido, susceptible de ser corregido mediante la interposición de los recursos legales que proceden contra la misma, ello porque se aparta de lo probado y discutido en el juicio oral⁴.

La sentencia no se apartó de la probado y discutido en juicio, y además se valoró adecuadamente, tal cual como lo adviera la no impugnante en su intervención ante el *ad quem*.

12. SEGÚN LA FISCALÍA HAY PRUEBA SUFICIENTE PARA LA CONDENA

Dice la censora que con la versión de los dos policiales captadores se puede comprobar la venta de estupefacientes que hizo el aprehendido.

- La Sala ha de explicar lo siguiente:

Expresa el canon 381 del C.P.P.:

«Artículo 381. **Conocimiento para condenar.** Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia».

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ⁵	
1	Estado de inocencia.
2	<i>Onus probandi incumbit actori.</i>
3	<i>in dubio pro reo</i> , derivado del principio <i>favor rei</i> .

La presunción de inocencia, tiene al menos, tres consecuencias importantes: (i) que una persona se considera y debe ser tratada como inocente mientras no sea declarada culpable por sentencia firme (estado de inocencia); (ii) que el obligado a

² CSJ SP 2061-2022, rad. 55.605 de 15 junio 2022.

³ CSJ SP 2061-2022, rad. 55.605 de 15 junio 2022.

⁴ CSJ SP 2061-2022, rad. 55.605 de 15 junio 2022.

⁵ Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 3° Ed, Edit. Marcos Lemer Editora Córdoba S.R.L., Córdoba, 1986, pp. 139-144. Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso penal comentado*, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 1998, p. 91 y ss. CSJ AP 3658-2023, rad. 63.732 de 29 noviembre 2023.

probar es el acusador, y no el imputado (*onus probandi incumbit actori*); y, (iii) en caso de duda se resolverá lo favorable al reo (*in dubio pro reo*, derivado del principio *favor rei*)⁶.

Tal principio constituye más bien una norma constitucional vinculante para todos los poderes públicos, que incluye a los jueces al momento del juicio oral y público, en especial, respecto de la carga de la prueba y al deber de imparcialidad del juez.

ESTÁNDAR PROBATORIO PARA CONDENAR (Art. 381 C.P.P.)	
<p>Código de Procedimiento Penal «Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.</p> <p><i>La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia».</i></p>	<p>Se puede lograr el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado con indicios.</p> <p>Ejemplos:</p> <p>En el sistema mixto inquisitivo: CSJ SP, 18 julio 2002, rad. 10.696; CSJ SP rad. 28.725 de 29-07-09; CSJ SP rad. 33.623 de 01-10-13.</p> <p>En el sistema acusatorio penal: CSJ SP rad. 32.912 de 10-08-10; CSJ SP rad. 36.208 de 16-05-12; CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022; CSJ SP 030-2023, rad. 58.252 de 8 febrero 2023 (condena por complicidad en los punibles de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados.); CSJ SP 1762-2021, rad. 56.782 de 12 mayo 2021; Corte Constitucional, sentencia T-073 de 2023.</p>

Los jueces no pueden nunca pasar por alto el principio de objetividad bajo el que están obligados a actuar, que les impone, entre otros deberes, que sus decisiones se tienen que fundamentar única y exclusivamente en las pruebas legalmente incorporadas y debatidas en juicio⁷.

De la incertidumbre total se pasa a la posibilidad fundada, de ésta a la probabilidad de verdad, para finalmente llegar, en la sentencia de condena, a la certeza razonable⁸, mejor todavía, **conocimiento más allá de toda duda**.

La persona señalada de un comportamiento descrito como delito no está obligada a presentar al juez prueba alguna demostrativa de la no ocurrencia del hecho ni de

⁶ Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho procesal Penal*, Tomo I, tercera edición, Edit. Marcos Lemer Editora Córdoba S.R.L., Córdoba, 1986, pp. 139-144. Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso penal comentado*, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 1998, pp. 91 y ss. CSJ AP 3658-2023, rad. 63.732 de 29 noviembre 2023.

⁷ CSJ SP 2128-2022, rad. 54.907 de 22 junio 2022.

⁸ CSJ SP rad. 19.192 de 12-11-03; CSJ SP rad. 24.215 de 15-05-08; CSJ SP rad. 31.280 de 08-07-09; CSJ SP rad. 30.838 de 31-07-09; CSJ SP rad. 31.795 de 16-09-09.

la ausencia de responsabilidad, así que por contraprestación son las autoridades las que deben demostrar la tipicidad y la culpabilidad⁹.

Una de las finalidades del proceso penal, junto a las de preservar garantías fundamentales y aplicar el derecho sustancial, es la aproximación racional a la verdad¹⁰.

Existe una regla epistemológica fundamental del proceso, según la cual el único conocimiento válido para decidir es el que aporten las pruebas regularmente allegadas al proceso (Arts. 372 y 381, entre otros, C.P.P.)¹¹.

La parte final del Art. 7º del C.P.P. dice: «*Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda*».

En el derecho anglosajón, de todas las expresiones, la que ha hecho mejor fortuna es la de «*beyond any reasonable doubt*» o «*más allá de toda duda razonable*»¹², porque es imposible prácticamente llegar a la certeza absoluta.

En términos epistemológicos, la expresión «*conocimiento más allá de toda duda [razonable]*» implica la constatación de cualquier «*versión plausible de responsabilidad penal sin otras alternativas plausibles de inocencia*»¹³.

Según la doctrina: «*En materia penal, la decisión en torno a la culpabilidad de un acusado consiste en que haya una versión plausible de culpabilidad y que no exista una versión plausible de inocencia; de lo contrario, el juzgador decidirá que el acusado es inocente*»¹⁴.

En vigencia del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, el estándar implementado por el legislador para emitir decisión de condena **no es el de certeza absoluta**, como en los anteriores sistemas inquisitivos, sino el de **conocimiento más allá de toda duda razonable**, el cual se afianza en términos de probabilidad¹⁵, certeza racional¹⁶, verosimilitud¹⁷.

Para la jurisprudencia¹⁸, el convencimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del procesado pertenece a un estadio del discernimiento

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-774 de 25 de julio de 2001.

¹⁰ Se puede decir que también es verdad determinar que el hecho no fue cometido por el acusado, o que no existió, pero el conocimiento que aquí importa es el que se produce en el juicio. CSJ SP 358-2020, rad. 53.127 de 12 febrero 2020.

¹¹ CSJ SP 5290-2018, rad. 44.564 de 5 diciembre 2018.

¹² Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*, Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 851 y ss. Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*, Colección Proceso y Derecho, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 86-87.

¹³ CSP SP 1465-2016 de 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP 5295-2019 de 4 diciembre 2019, rad. 55.651; CSJ SP, 28 julio 2021, rad. 58.687; CSJ SP 3823-2021, rad. 59.144 de 1º agosto 2021; CSJ SP 020-2023, rad. 58.719 de 1º febrero 2023.

¹⁴ Allen, Ronald J. *Versión plausible de culpabilidad sin otra alternativa plausible: Regla de decisión en el proceso penal*, en Cruz Parceró, Juan A., y Laudan, Larry (comp.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, Universidad Autónoma de México, 2010, pp. 123-139. CSJ SP 1780-2018, rad. 42.631 de 23 mayo 2018.

¹⁵ CSJ AP rad. 37.987 de 09-05-12.

¹⁶ CSJ AP 3177-2016, rad. 45.627 de 25 mayo 2016.

¹⁷ Asencio Mellado, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, p. 16.

¹⁸ CSJ SP, 23 febrero 2011, rad. 32.120; CSJ SP, 29 junio 2016, rad. 39.290; CSJ AP 4151-2018, rad. 52.485 de 26 septiembre 2018.

propio de la certeza racional, que se refiere a una **seguridad relativa**, o aproximativa, dado que llegar a la seguridad absoluta resulta un imposible gnoseológico¹⁹.

En consecuencia, conforme con la teoría del conocimiento, no es exigible que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues tal precepto es un ideal imposible de alcanzar.

Sería una ilusión metafísica esperar la certeza absoluta de la prueba testimonial (y en especial del conjunto de aserciones que la integran, pero en general de cualquier medio probatorio incorporado al proceso), pues los criterios de aceptación de la verdad (o credibilidad) conducen a decisiones que implican en menor o mayor medida focos de discreción incontrovertibles desde un ámbito racional.

El proceso penal no puede garantizar de manera completa la justicia material del caso concreto (aunque lo busca), sino que se satisface con reducir al mínimo (y no con eliminar, pues ello sería inalcanzable) los momentos potestativos y las posibilidades de arbitrio en la actuación mediante un modelo que dé cabida a la refutación de las teorías e hipótesis en pugna²⁰.

Una de las finalidades del proceso penal es la **aproximación racional a la verdad**, verdad que de acuerdo a la epistemología del proceso penal es una verdad discursiva que, como requisito de toda sentencia condenatoria, debe llevar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la conducta y de la responsabilidad del acusado²¹.

La aproximación racional a la verdad, entendida como el conocimiento para condenar, se produce en el juicio, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículo 381, C.P.P.)²².

El conocimiento más allá de toda duda razonable, uno de los más altos valores y que más exigencias de objetividad plantea en el proceso penal, requiere de un juicio sistémico que implica apreciar individualmente cada evidencia (conforme a las reglas de cada medio) y el análisis sistemático con los demás medios de prueba, método legal con el cual se pretende garantizar que la conclusión que se obtiene puede soportar todos los intentos de refutación de un discurso racional²³.

Al optar por una verdad discursiva en lugar de la histórica que moldeaba el contenido del proceso y el papel del juez del sistema de enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000, en la Ley 906 de 2004 el argumento adquiere una importancia superlativa en la construcción del conocimiento judicial²⁴. Como dice Vives Antón, «*verdadero pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió, sino lo mejor justificado*»²⁵.

El Código de Procedimiento Penal de 2004 adoptó como criterio de decisión un estándar probatorio de acuerdo con el cual, la condena debe ir precedida de prueba

¹⁹ CSJ SP, 23 febrero 2011, rad. 32.120; CSJ SP 13189-2018, rad. 50.836 de 10 octubre 2018.

²⁰ CSJ SP, 23 febrero 2011, rad. 32.120; CSJ SP, 29 junio 2016, rad. 39.290; CSJ AP 4151-2018, rad. 52.485 de 26 septiembre 2018.

²¹ CSJ SP 13408-2017, rad. 44.430 de 30 agosto 2017.

²² CSJ SP 1721-2019, rad. 49.487 de 15 mayo 2019; CSJ SP 286-2023, rad. 57.006 de 26 julio 2023.

²³ CSJ SP 1721-2019, rad. 49.487 de 15 mayo 2019.

²⁴ CSJ SP 13408-2017, rad. 44.430 de 30 agosto 2017.

²⁵ Vives Antón, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011, p. 875.

más allá de toda duda, y aunque nuestra legislación no especifique que la incertidumbre probatoria a superar deba ser racional²⁶ así debe ser entendida, puesto que la duda generada en la sospecha, sentimientos, intuición o en el presentimiento, deben ser desechadas sin esfuerzo.

Así pues, se insiste, en el *sub lite*, la fiscalía a través de erradas decisiones estratégicas, primero, la renuncia del principal testigo de cargo; segundo, el no ejercicio para el ingreso de prueba de referencia legalmente admisible, no cubrió los vacíos probatorios que generan, precisamente la duda insalvable en este momento procesal.

En conclusión, la Fiscalía no cumplió la carga probatoria debida para proferirse sentencia de condena en juicio, como en efecto lo afirma la abogada defensora en su escrito de traslado.

13. SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA O DINAMISMO PROBATORIO Y SU INCOMPATIBILIDAD EN EL PROCESO PENAL

La censora pretende llenar los vacíos probatorios que generó con su errada estrategia de litigación en el juicio, con el **principio de carga dinámica de la prueba**.

- La Sala ha de explicar lo siguiente:

13.1 CONCEPTO PROCESAL DE CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

Establece el Art. 167 en sus incisos 2° y 3° del C.G.P.:

«Artículo 167. **Carga de la prueba.** (...).

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario

²⁶ Las actas redactoras de la Ley 906 de 2004 dan cuenta de la inexistencia de un debate respecto de este aspecto. Osorio Isaza, Luis Camilo, Morales Marín, Gustavo. *Proceso penal acusatorio, Ensayos y actas*, Acta número 005, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 127-138.

para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código».

En los incisos 2° y 3° del Art. 167 del C.G.P. se acoge la tesis jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, esto es, (i) el deber de probar un determinado hecho a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo²⁷ o (ii) el deber de probar un hecho a quien se encuentre en situación más favorable para aportar la evidencia²⁸.

Con el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del «*onus probandi*».

Fue entonces cuando surgió la teoría de las «**cargas dinámicas**», fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado «*quien alega debe probar*» cede su lugar al postulado «*quien puede debe probar*»²⁹.

El principio de la carga dinámica de la prueba es sencillamente que «*corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo*»³⁰.

El canon 167 del C.G.P. «*no solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho*»³¹.

Se reconoce entonces la desigualdad de las partes procesales con respecto al hecho por probar y la compensación a favor de la parte débil o con dificultad para probar el hecho³².

²⁷ Mediante sentencia T-590 de 2009 la Corte Constitucional estudió el caso de una acción de tutela contra una providencia judicial dictada en el marco de un proceso de extinción de dominio. En esa oportunidad, la Corte manifestó que como «*a la acción de extinción de dominio no se extienden las garantías de la ley penal, tampoco cabe predicar la presunción de inocencia en la materia. Por ello, el régimen probatorio de la extinción de dominio admite la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Sin embargo, esto no significa que se pueda aplicar una presunción de origen ilícito de los bienes (presunción que no existe en el ordenamiento). En tal sentido, el Estado tiene el deber de practicar las pruebas que den lugar a la declaratoria de extinción pues solo con una base probatoria suficiente puede concluirse que el dominio sobre los bienes no puede explicarse en el ejercicio de actividades lícitas*».

²⁸ Por sentencia T-600 de 2009 la Corte Constitucional resolvió los casos de unos desplazados a los que se les había negado la inscripción en el RUPD debido a que, según Acción Social, no habían demostrado su condición de desplazados por la violencia. En esa oportunidad, la Corte señaló que, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, corresponde probar al Estado que la persona que solicita su inscripción en dicho registro no tiene la calidad de desplazado. Tesis reiterada en sentencia T-423 de 2011 que trata de un recluso que a través de agente oficioso solicita operación médica.

²⁹ Corte Constitucional, sentencias T-741 de 2004, T-346 de 2011, C-086 de 2016.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-423 de 17 mayo 2011

³¹ Canosa Suárez, Ulises. *Código General del Proceso. Aspectos probatorios*, Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, primera edición, Universidad Libre de Bogotá, septiembre 2012, p. 39.

³² Peña Ayazo, Jairo Iván. *Prueba judicial. Análisis y valoración*, Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá. 2008, pp. 276-279.

Para la doctrina, en realidad la carga dinámica de la prueba solo es una relajación de los estrictos criterios de distribución de la carga propios del sistema de valoración legal, pero que pierde su sentido al no existir dichos criterios ni el sistema en el que se basa, que vedaba la prueba de los hechos negativos al basarse en el principio de que el actor debía probar los hechos constitutivos de su pretensión. «*Lo que sucede en el sistema de libre valoración es que los hechos se someterán a prueba en el proceso con independencia de quién aporte los medios al mismo. El demandado, en ese sistema de prueba libre, ya no puede esperar que el demandante no consiga probar su pretensión, sino que tiene que aportar la prueba necesaria para intentar ganar el proceso. Hacer lo contrario sería altamente imprudente, exista o no el criterio de la facilidad probatoria*»³³.

13.2 JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE EN TEMA DE CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En materia penal se incorporó el **principio de carga dinámica de la prueba** en el trámite de extinción del derecho de dominio³⁴, y luego al proceso penal de manera limitada y también condicionada a que se respete el principio de igualdad de armas y a que la Fiscalía demuestre la existencia del delito y la participación del acusado a través de prueba abundante y más allá de toda duda razonable, pues es deber de la defensa comprometerse con la investigación de lo que resulte favorable al acusado, es decir, le corresponde una actitud diligente a través de su trabajo investigativo en la recolección de elementos materiales de prueba a su alcance para desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía³⁵, y porque las pruebas de oposición deben ser aducidas por la contraparte³⁶.

La Sala Penal de la Corte se ha pronunciado sobre el instituto en comentario bajo el régimen del sistema procesal acusatorio penal, en las siguientes providencias: CSJ AP rad. 23.754 de 9 abril 2008; CSJ AP rad. 31.103 de 27 marzo 2009; CSJ AP rad. 31.147 de 13 mayo 2009; CSJ AP rad. 33.567 de 19 mayo 2010; CSJ AP rad. 33.660 de 25 mayo 2011; CSJ AP rad. 36.844 de 19 octubre 2011; CSJ AP rad. 37.279 de 25 abril 2012.

A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los que de manera enunciativa se encuentran en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil³⁷ y en el Art. 164 y siguientes del Código General del Proceso.

³³ Nieva Fenoll, Jordi. *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal Vol. 1, 2018, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2018, pp. 1-17. Peyrano, Jorge W. (dir. y coautor), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 13 y ss., 19 y ss. y 75 y ss.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005.

³⁶ Urbano Martínez, José Joaquín. *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una fundamentación del sistema acusatorio*, segunda edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011, p. 128. Pareja Reinemer, Fernando. *Credibilidad del testimonio. El valor subjetivo en la construcción probatoria del fallo judicial*, Revista Huellas de la Fiscalía General de la Nación, Número 71, Imprenta Nacional, Bogotá, 2010, p. 75.

³⁷ Consejo de Estado, sentencia 30 junio 2011, rad. 1997-04001.

La noción de carga dinámica de la prueba, «*que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla*»³⁸, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo³⁹.

Se ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral⁴⁰.

Lo propio ha señalado la Corte en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense⁴¹.

Otro ejemplo, se predica de algunos sujetos de especial protección que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, como en el caso de los portadores de VIH que reclaman una pensión (de quienes se presume su condición de dependencia económica)⁴², así como de ciertos actos de discriminación contra sujetos o grupos históricamente discriminados⁴³.

De igual forma, se ha aceptado que en el ejercicio de la acción de extinción de dominio tenga aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba, como ya se dijo⁴⁴.

En términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia⁴⁵.

Cuando la fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, corresponde entonces a la defensa si busca o pretende controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos de prueba, entregar

³⁸ Lépori White, Inés. *Cargas probatorias dinámicas, Cargas probatorias dinámicas* (AAVV), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 60.

³⁹ «*La doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir las pruebas, más allá del emplazamiento como actor o demandado en el proceso o de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos, y puede desplazarse del actor al demandado y viceversa, según corresponda (...)*». Airasca, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, Cargas probatorias dinámicas* (AAVV), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 135-136.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias T-638 de 1996, T-772 de 2003.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias T- 741 de 2004, C-086 de 2016.

⁴² Corte Constitucional, sentencias T-1023 de 2007, T-346 de 2011.

⁴³ Corte Constitucional, sentencias T-314 de 2011, T-804 de 2014.

⁴⁴ Como lo ha expuesto la jurisprudencia contencioso administrativa, «*el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado*». CE Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 mayo 2001. En el mismo sentido, sentencia de 24 enero 2002.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-086 de 2016.

los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión defensiva de oposición⁴⁶.

Este es el concepto jurisprudencial penal de la carga dinámica de la prueba. Para la Corte, este concepto no implica relevar de la obligación que le compete al Estado, e invertir, en trasgresión de los derechos fundamentales del acusado, la presunción de inocencia para que ahora sea al acusado a quien se le exija probar este aspecto; la *carga dinámica de la prueba* se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador⁴⁷.

13.3 COMENTARIOS A LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Para la doctrina, estructuralmente el proceso penal no tiene ninguna etapa procesal dispuesta para la atribución de cargas a quien esté en mejor condición de probar⁴⁸.

El principio constitucional ineludible en la investigación penal es la presunción de inocencia que demanda del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación precisamente demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena.

Realmente existe incompatibilidad del concepto de carga dinámica de la prueba y el proceso penal de la Ley 906 de 2004, en la medida que no es el procesado el llamado a demostrar su inocencia, la cual se presume, así que quien pretenda doblegar es presunción (la fiscalía) lo ha de demostrar en un juicio justo⁴⁹.

Aunque, se insiste, no es obligación de la defensa demostrar la inocencia que alega, pero es preferible que realice acciones tendientes a ese fin como solicitar pruebas que favorezcan su teoría del caso cuando así lo considere su estrategia defensiva⁵⁰.

En el proceso penal es deber de la defensa comprometerse con la investigación de lo que resulte favorable al acusado, es decir, le corresponde una actitud diligente a través de su trabajo investigativo en la recolección de elementos materiales de prueba a su alcance para desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía⁵¹, y porque las pruebas de oposición deben ser aducidas por la contraparte⁵².

⁴⁶ CSJ SP rad. 23.754 de 09-04-08; CSJ SP rad. 31.103 de 27-03-09; CSJ SP rad. 31.147 de 13-05-09; CSJ SP rad. 33.567 de 19-05-10; CSJ SP rad. 33.660 de 25-05-11; CSJ SP rad. 36.844 de 19-10-11; CSJ SP rad. 37.279 de 25-04-12.

⁴⁷ CSJ SP rad. 23.754 de 9 abril 2008; CSJ SP rad. 31.147 de 13 mayo 2009; CSJ SP, 25 mayo 2011, rad. 33.660.

⁴⁸ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 236.

⁴⁹ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 237.

⁵⁰ CSJ AP, 3 julio 2013, rad. 40.620.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-1194 de 2005.

⁵² Urbano Martínez, José Joaquín. *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una fundamentación del sistema acusatorio*, segunda edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011, p. 128. Pareja Reinemer, Fernando. *Credibilidad del testimonio. El valor subjetivo en la construcción probatoria del fallo judicial*, Revista Huellas de la Fiscalía General de la Nación, Número 71, Imprenta Nacional, Bogotá, 2010, p. 75.

La fiscalía cumplirá su cometido si demuestra los hechos de su teoría del caso, la ejecución del hecho en cabeza del acusado. La defensa adquiere el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena. Es que «*a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria. Por supuesto dicho interés surge una vez que la acusación haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad, será causa suficiente de una sentencia condenatoria*»⁵³.

No puede ordenarse al procesado, en virtud de una presunta facilidad probatoria, que allegue determinado elemento probatorio, como quiera que con tal proceder puede auto incriminarse, situación proscrita a nivel constitucional y supranacional⁵⁴.

Si el procesado, según el literal c, Art. 8, del C.P.P. tiene derecho a guardar silencio y que de ese silencio no se desprenda inferencia en su contra, entonces debe estar exento de presentar pruebas y con mayor razón cuando dichas pruebas lo podrían perjudicar, salvo por supuesto, su renuncia al derecho de no auto incriminación que explica las condenas sustentadas, adicionalmente, en la versión del justiciable⁵⁵.

La carga de la prueba no puede confundirse con la **táctica de la defensa afirmativa**, donde el abogado se compromete a probar determinado aspecto de su teoría del caso, por ejemplo, legítima defensa, ira o intenso dolor, etc., lo cual no representa dinamismo probatorio. Esa situación defensiva coincide en un todo con el concepto clásico de carga estática o carga clásica de la prueba⁵⁶.

Corresponde al concepto académico de carga estática o clásica de la prueba donde cada parte prueba los supuestos de hecho que invoca. No es dinamismo probatorio ya que son principios utilizados al momento en que el juez toma la decisión y no un postulado para la asignación de cargas probatorias⁵⁷.

Parece ser entonces que la Corte en su Sala Penal hace un uso incorrecto e inadecuado del dinamismo probatorio; el uso de dicha locución representa un yerro conceptual para indicar el deber de autorresponsabilidad probatoria que es la misma carga clásica, pero nunca carga dinámica de la prueba⁵⁸.

Existe incompatibilidad entre los principios de igualdad de armas, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, prohibición de inversión de carga de la prueba, y garantía de no auto incriminación, con el concepto de carga dinámica de la prueba regulada en el ámbito civil⁵⁹.

El principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene varias facetas y la primera faceta o regla

⁵³ Fernández López, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, España, 2005.

⁵⁴ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 237.

⁵⁵ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, pp. 238-239.

⁵⁶ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 239.

⁵⁷ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 243.

⁵⁸ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, pp. 243-244.

⁵⁹ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 245.

que se deduce de este principio es una de carácter procesal relativa a la carga de la prueba⁶⁰ según la cual corresponderá al órgano de persecución penal la obligación de demostrar la responsabilidad penal sin que se pueda invertir en ningún caso esta carga probatoria –como dice el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal–.

Finalmente, si la oficiosidad del juez de conocimiento sobre prueba de responsabilidad penal no es posible, tampoco lo es el concepto de dinamismo probatorio⁶¹.

14. SOBRE EL EJEMPLO QUE PROPONE LA IMPUGNANTE

Dice la censora que «*Es tan absurda la aseveración de la juez, que es como si alguien escucha un disparo, voltea y ve correr a alguien con el arma en la mano, no hay nadie más en el lugar cerrado, como no lo vio disparar y la víctima se murió, entonces según la miope versión, ni siquiera hay muerto y el testigo presencial no podría declarar, porque no vio el hecho, no obstante haber escuchado, saber quiénes estaban en el lugar y que acción se produjo*».

➤ La Sala ha de explicar lo siguiente:

En primer lugar, la judicatura jamás ha dicho que un testigo no pueda declarar en juicio; está diciendo que debe ir a juicio a declarar y someterse al conainterrogatorio o interrogatorio cruzado; en segundo lugar, si el testigo no va, entonces no hay prueba de ese hecho observado o percibido; en tercer lugar, si el testigo no se puede localizar por alguna circunstancia legal atendible, entonces la fiscalía tiene la opción de ingreso de prueba de referencia legalmente admisible (Art. 438, C.P.P.); en cuarto lugar, no se pueden valorar testimonios de oídas con carga probatoria en contra del procesado, si su aducción no se ingresó legalmente al juicio oral.

En el *sub examine*, se tiene, en primer lugar, dos testigos que vieron el intercambio de un «**objeto**», el cual ellos no lograron observar, solo dicen un **objeto**; en segundo lugar, el testigo que dice que ese *objeto* es droga estupefaciente debe ir a juicio para someterse al interrogatorio cruzado; en tercer lugar, si ese testigo no comparece por alguna razón atendible, entonces la fiscalía tiene la opción de su

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador; CIDH, Caso Zegarra Marín Vs. Perú; CIDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile.

⁶¹ Del Río González, Enrique. *La carga dinámica de la prueba y su discutible aplicación en el proceso penal*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2023, p. 249. Montoya Vallejo, Santiago. *Una perspectiva teórica de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano*, revista CES Derecho, número 12 (1), pp. 58-78. Trujillo Cabrera, Juan. *La carga dinámica de la prueba. Conceptos fundamentales y aplicación práctica*, Editorial Leyer, Bogotá, 2006. Betancourt Restrepo, Sebastián. *La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal*, revista Ratio Iuris, 5 (11), 2010, pp. 24-44. Pulecio Boek, Daniel. *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*, Editorial Ibáñez Bogotá, 2012. Caro Espitia, Néstor Raúl. *La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano*, revista Verba Iuris, (29), 2012, pp. 31-42. Müller Rueda, Katherine. *La carga de la prueba en el proceso penal acusatorio en Colombia. Disyuntiva de aplicación en las altas cortes*, revista Derecho Público, (32), 2014, pp. 1-25. Páez Jaimes, Juan Camilo. *La validez constitucional de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano regido por la Ley 906 de 2004*, Tesis de pregrado, Universidad Libre de Colombia, Sede Cúcuta, 2018.

ingreso como prueba de referencia legalmente atendible (Art. 438, C.P.P.); finalmente, no se puede valorar en contra del justiciable prueba que no cumple los requisitos legales de ingreso al juicio oral.

Según jurisprudencia, la apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se encuentra limitada: «(a) *Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia) ni tampoco es viable su adicionamiento, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad); (b) por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio; (c) por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción) y (d) por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (juicio de legalidad)*»⁶².

En la sentencia el fallador solamente podrá valorar las pruebas lícitas y legales como soporte de una decisión justa. La prueba debe cumplir con el debido proceso probatorio para ser valorada por el juez⁶³.

Todo ejercicio judicial de valoración probatoria debe pasar por el tamiz del examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento (primario o subsidiario).

Aquellos medios probatorios que superen el baremo de la legalidad y de la licitud, pueden y deben ser objeto de análisis judicial⁶⁴.

15. DEMOSTRACIÓN DE CANTIDAD Y CALIDAD DE DROGA Y VALORACIÓN DE LOS TESTIGOS DE LA DEFENSA

Dice la impugnante que se probó la calidad y cantidad de la sustancia estupefaciente y que no se valoraron los testimonios de la defensa.

«Tampoco resulta ajustada a derecho la valoración que hace de los testimonios de la defensa y su acogimiento, sin glosa, no obstante sus contradicciones en la narración de los hechos, se observa que no parece lógico desde ningún punto de vista, la pretensión de un falso positivo y o de un interés fraudulento de los policías, en perjudicar a CORREA ROJAS. Pues si ello fuera así, y supuestamente ese fue el móvil policial, porque los testigos de la defensa, dan cuenta de que los policías lo hicieron ir a la esquina, donde había un joven en una bicicleta y todos pretenden que no saben porque lo capturaron»

➤ La Sala ha de explicar lo siguiente:

No hay duda que se probó la calidad y cantidad de droga estupefaciente, como uno de los elementos del delito en cuestión. Solo que faltó demostrar autoría o participación en contra del acusado, pues solo quedaron conjeturas y suposiciones.

⁶² CSJ SP 6353-2015, rad. 39.233 de 25 mayo 2015.

⁶³ CSJ SP 564-2022, rad. 56.994 de 2 marzo 2022.

⁶⁴ CSJ SP 10303-2014, rad. 43.691 de 5 agosto 2014.

Con respecto al análisis de las pruebas de la defensa, se puede colegir con la censura que mienten, pero de allí no se puede colegir, que el «**objeto**» del intercambio sea droga estupefaciente. Solo que mienten en las circunstancias de la aprehensión. Es más creíble la versión de los policiales quienes dicen que se presentó un intercambio de *objetos*, y por ello su captura, pero no les consta el objeto de intercambio solo que otro ciudadano les dijo que era droga estupefaciente la cual se entregó y fue analizada, dicho que corresponde a una versión de oídas, en todo caso el directo testigo no compareció para corroborar que es la droga incautada y su versión no se ingresó ni siquiera como prueba de referencia legalmente admisible.

Se insiste: el asunto era fácilmente superable a través del testimonio directo del comprador, o en su caso, de prueba de referencial legamente admisible, pero a una y otra renunció la fiscal del caso.

16. SE PUEDE PROFERIR CONDENA CON FUNDAMENTO EN SOLO PRUEBA INDICIARIA O INDIRECTA

Para la doctrina, en el derecho estadounidense, una clasificación divide a la prueba en directa y circunstancial. Es **directa** la prueba que, de resultar creíble, resuelve el caso; el testigo directo de un crimen, por ejemplo, si es confiable, es soporte para una condena. Prueba **circunstancial** es la evidencia que, incluso siendo confiable, requiere un razonamiento adicional; ejemplo clásico es el testigo que ve al sospechoso huir de la escena con un revólver humeante⁶⁵.

La condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta, en la medida en que cualquiera que sea la característica del medio de conocimiento, lo imperioso es que su valoración conjunta tenga la condición de superar el estándar de conocimiento de la duda razonable⁶⁶.

Las inferencias lógico-jurídicas, a través de operaciones indiciarias, tienen cabida en el sistema procesal penal, en virtud del principio de libertad probatoria (artículo 373, C.P.P.); no obstante, los indicios deben estar cimentados en hechos plenamente probados y las deducciones marcadas por la seriedad y razonabilidad, a partir de reglas de la sana crítica, pues, si solo se trata de probabilidades o meros criterios de quien realiza el análisis, no pueden ser acogidos para fundar una condena, dado que apenas perviven en el campo de la incertidumbre o la especulación⁶⁷.

El indicio, como prueba indirecta por excelencia, resulta válido pese a que no se encuentre regulado de manera expresa en la Ley 906 de 2004 (CPP/2004)⁶⁸. Debe indicarse que, «*para la definición del objeto del proceso penal, sigue siendo válido e incluso necesario el examen indiciario, para nada excluido de nuestra sistemática penal, sea la mixta de la Ley 600 de 2000 o la acusatoria de la Ley 906 de 2004*».

⁶⁵ Muñoz Neira, Orlando. *Las raíces angloamericanas del sistema penal acusatorio en Colombia*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2017.

⁶⁶ CSJ AP 2323-2021, rad. 54.439 de 9 junio 2021; CSJ SP 1129-2022, rad. 58.754 de 6 abril 2022; Corte Constitucional, sentencia T-073 de 2023.

⁶⁷ CSJ SP, 25 noviembre 2020, rad. 49.066.

⁶⁸ CSJ AP 4152-2018, rad. 52.415; CSJ SP, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ AP, 27 enero 2007, rad. 26.618; CSJ SP 1129-2022, rad. 58.754 de 6 abril 2022.

Es posible fundamentar la **sentencia de condena en prueba indiciaria**⁶⁹, siempre y cuanto se logre el estándar requerido por la ley para una sentencia adversa. Es que la autoría de la conducta punible, como los demás elementos de esta, puede demostrarse no solo con una prueba o señalamiento directo sino también a través de inferencias o prueba de indicios⁷⁰.

La prueba indiciaria tiene la capacidad de cimentar una sentencia, pero para ello es necesario que, en forma unívoca y contundente, denote plausiblemente la responsabilidad o inocencia del implicado en los sucesos delictivos juzgados. En todo caso, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada, a efectos de establecer su validez y peso probatorio⁷¹.

En ocasiones el contenido de alguna prueba debe ser mínimamente corroborado en cuanto a la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de alguna declaración de cargo y la intervención en el hecho concernido, pero dicha valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso⁷². No es preciso que la corroboración alcance la consideración de prueba autónoma.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; pruebas periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera⁷³.

La valoración debe analizarse en el contexto del proceso penal, en el que las garantías del *in dubio pro reo* y el principio de presunción de inocencia, se erigen como límites del establecimiento de la verdad que, en todo caso, no puede ser reconstruida a cualquier precio⁷⁴.

Algunos casos donde se ha proferido condena con fundamento en prueba indiciaria, tenemos en el sistema mixto inquisitivo: CSJ SP rad. 28.725 de 29-07-09; CSJ SP rad. 33.623 de 01-10-13; en el sistema acusatorio penal: CSJ SP rad. 32.912 de 10-08-10; CSJ SP rad. 36.208 de 16-05-12; CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022, entre otras.

⁶⁹ CSJ SP 3459-2016, rad. 37.504 de 16 marzo 2016; CSJ AP 1453-2018, rad. 44.632 de 12 abril 2018; CSJ AP 231-2020, rad. 55.031 de 29 enero 2020; CSJ SP 4638-2020, rad. 49.066 de 23 noviembre 2020; CSJ AP 2698-2021, rad. 56.788 de 30 junio 2021; CSJ SP 654-2022, rad. 53.020 de 9 marzo 2022.

⁷⁰ CSJ AP 2698-2021, rad. 56.788 de 30 junio 2021; CSJ SP 1129-2022, rad. 58.754 de 6 abril 2022.

⁷¹ CSJ SP, 17 abril 1997, rad. 9.573; CSJ SP 4638-2020, rad. 49.066 de 23 noviembre 2020; CSJ SP 654-2022, rad. 53.020 de 9 marzo 2022.

⁷² Sentencias del Tribunal Supremo Español. STS319/2017, de 4 de mayo 2017; STS 763/2013, de 14 de octubre; STS 679/2013, de 25 de septiembre; STS 558/2013, de 1º julio; STS 248/2012, de 12 de abril; STS 1168/2010, de 28 de diciembre. Todas a propósito de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, cuando sea prueba única. Uriarte Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, segunda edición, La Ley, Wolters Kluwer, España, 2018, p. 823.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo Español 1222/2003, de 29 de septiembre 2003. Uriarte Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, segunda edición, la Ley, Wolters Kluwer, España, 2018, p. 960.

⁷⁴ CSJ SP, 25 noviembre 2020, rad. 49.066; CSJ SP 1129-2022, rad. 58.754 de 6 abril 2022.

17. SOBRE EL DESISTIMIENTO DE PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL

Aunque la fiscal del caso no explicó las razones que tuvo para la renuncia del principal testigo de cargo y de la renuncia a la posibilidad de ingreso de prueba de referencia, la Sala ha de comentar en dicho tema lo que sigue.

Como **regla general**, las partes, conforme la dinámica del juicio, pueden prescindir de las pruebas decretadas a su favor en la audiencia preparatoria, en el evento que así lo consideren y en consonancia con las pautas en las que desarrollan su rol, sin que tal facultad esté sometida a control alguno⁷⁵.

De manera **excepcional**, el juez tiene el **deber reforzado de diligencia debida** que impone la **perspectiva de género**, en delitos de esta naturaleza, pues debe requerir al fiscal cuando desista de la prueba esencial para acreditar la causa del hecho, y no puede avalar, sin más, un tácito decaimiento de la pretensión punitiva en delitos de *violencia de género*, al dejar sin prueba el más básico aspecto de ese delito, a saber, el resultado típico cuyo resultado se atribuye al sujeto activo⁷⁶.

Para la Corte en CSJ SP 3773-2022, rad. 54.239 de 2 noviembre 2022, en delito de *feminicidio*, el fiscal estaba obligado a extremar su cautela a la hora de decidir si renunciaba a la práctica del mencionado testimonio, debido a que, «*en virtud de los estándares internacionales de protección reforzada de los derechos de la mujer y erradicación de la violencia de género, resultaba preponderante el deber de asegurar el juzgamiento adecuado y suficiente, más allá de la lesión del derecho a la vida de todo ser humano, de la discriminación intrínseca a la violencia cometida contra las mujeres, que a su vez justifica un juicio de reproche más elevado en caso de acreditarse los supuestos que dan lugar a la responsabilidad penal*».

Por la vía del *bloque de constitucionalidad* (Art. 93 inc. 1° de la Constitución), múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos consagran mandatos de *protección reforzada* de la mujer, a través de la aplicación de mecanismos *sancionatorios*, justificados en la *perspectiva de género*⁷⁷.

El *sub lite* no es un asunto de género, pero sin lugar a duda que dicha renuncia implicó ni más ni menos que la expresa renuncia a la acción penal para por esa vía llegar a la absolución.

18. EN TEMA DE PRUEBA DE REFERENCIA

FORMAS DE INGRESO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA AL JUICIO EN LA LEY 906 DE 2004 (manifestaciones anteriores al juicio oral)	
1	Declaración escrita o en video inicial tomada al testigo que no comparece a juicio.
2	Respecto de lo que pudo confiar a un tercero, así no se hubiese formalizado por escrito.
3	Respecto de lo que pudo confiar a los efectivos o investigadores que acudieron a conocer del caso, así no se hubiese formalizado por escrito.

⁷⁵ CSJ AP 3343-2021, rad. 56.401 de 4 agosto 2021.

⁷⁶ CSJ SP 3773-2022, rad. 54.239 de 2 noviembre 2022.

⁷⁷ CSJ SP 3773-2022, rad. 54.239 de 2 noviembre 2022.

CSJ SP 131-2023, rad. 54.702 de 19 abril 2023; CSJ SP 163-2023, rad. 56.295 de 10 mayo 2023.

Cuando la persona tiene un conocimiento de los hechos a través de denunciante, terceras personas, y no directamente por información que les suministrara la víctima del delito. Se trata en esos supuestos de **testigos de oídas o ex auditó**, que significa «*aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos*», por tanto, lo que pueden acreditar es la existencia de ese relato y la fuente de su información⁷⁸, no el hecho como tal.

En cuanto al valor probatorio otorgado a estos testigos, ha dicho la jurisprudencia que aunque su capacidad suasoria no está restringida en la Ley 906 de 2004, salvo para soportar exclusiva y únicamente la sentencia condenatoria (tarifa legal negativa), el juez está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esta clase de medios de prueba, «*ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso*»⁷⁹.

La admisibilidad del denominado «*testigo de oídas*» y del «*testigo de referencia*», resulta poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y otorga valor a los dichos de quien no ha comparecido al proceso. Su llana admisión, causa una grave indefensión a las partes, quienes se ven privadas no sólo a interrogar a los auténticos testigos de cargo, sino también, de la posibilidad de alegar razón alguna sobre el valor de un testimonio, cuya fuente de conocimiento ha sido sin razón alguna totalmente ignorada. En otras palabras, la problemática esencial de la prueba de referencia, radica en la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada y la imposibilidad de controvertirla⁸⁰.

Cuando una declaración realizada fuera del juicio oral es conocida por el juez a través de un intermediario, esto es, por un testigo que retransmite la versión que escuchó de otro, el testimonio opera como **prueba directa** de que existió el relato, toda vez que quien da cuenta de este, presencié e hizo parte del acto de comunicación, pero como **prueba de referencia del contenido** de la narración, cuya veracidad no le consta⁸¹.

Es la falta de originalidad en el testigo de oídas lo que atenúa su credibilidad, dado que su función consiste, no en recordar lo sucedido, sino lo relatado que se presenta, por supuesto, en un escenario distinto al que puede interesar para acreditar o desvirtuar un aspecto sustancial del debate⁸².

El artículo 437 del C.P.P. ofrece la siguiente noción de prueba de referencia:

«Artículo 437. **Noción.** Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de

⁷⁸ CSJ SP, 11 noviembre 2020, rad. 49.187; CSJ SP, 16 marzo 2016, rad. 36.046; CSJ AP, 18 agosto 2010, rad. 34.258; CSJ SP, 4 noviembre 2008, rad. 27.508; CSJ SP 1799-2021, rad. 49.360 de 12 mayo 2021.

⁷⁹ CSJ AP, 21 mayo 2009 rad. 22.825; CSJ AP, 24 julio 2017, rad. 48.355; CSJ AP, 25 abril 2018, rad. 48.328; CSJ SP 1799-2021, rad. 49.360 de 12 mayo 2021.

⁸⁰ CSJ SP 2128-2022, rad. 54.907 de 22 junio 2022.

⁸¹ CSJ SP 223-2023, rad. 57.963 de 7 junio 2023.

⁸² CSJ SP 223-2023, rad. 57.963 de 7 junio 2023.

agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».

La doctrina también ha denominado la prueba de referencia como «*información derivada*», «*de segunda mano*»⁸³, «*cuento de un cuento*»⁸⁴, «*una historia que proviene de la boca de otro*»⁸⁵, etc.

Los aspectos básicos de la prueba de referencia son:

- i) Qué es lo que se pretende probar.
- ii) Quién tuvo la percepción de lo que se pretende probar.
- iii) Contra quién se pretende probar.

Acudiendo al derecho comparado y tomando las palabras del Tribunal Constitucional Español, la regla que impera es la siguiente: «*si existieren testigos presenciales que hayan percibido directamente el hecho controvertido, han de ser llamados y oídos con preferencia absoluta, en vez de traer a los estrados a quienes escucharon de ellos el relato de su experiencia*»⁸⁶.

En fin, en este asunto la Fiscal se privó hasta de la prueba de referencia legalmente admisible.

19. CONCLUSIÓN

En virtud de los argumentos expuestos se ha de confirmar la sentencia absolutoria, atendiendo igualmente a la petición de la abogada defensora en sus alegaciones como no apelante.

20. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia absolutoria proferida en favor del ciudadano BRAHYAN STIVEN CORREA ROJAS, de mayoría, y demás condiciones civiles y naturales ya conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁸³ Damaska, Mirjan R. *Of Hearsay and its Analogues*, 76 Minn. L. Rev. 425 (1992). Citado por Vélez Rodríguez, Enrique. *La prueba de referencia y sus excepciones*, Editorial Inter Juris, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2010, p. 4.

⁸⁴ *Colledge's Trial*, 8 How. St. Tr. 549, 663 (1681). Citado por Vélez Rodríguez, Enrique. *La prueba de referencia y sus excepciones*, ob. cit., p. 5.

⁸⁵ *Gascoigne's Trial*, 7 How. St. Tr. 959, 1019 (1680). Citado por Vélez Rodríguez, Enrique. *La prueba de referencia y sus excepciones*, ob. cit., p. 5.

⁸⁶ CSJ STC de 24 enero 1995; CSJ SP 2128-2022, rad. 54.907 de 22 junio 2022.

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 206 2018 32632
Acusado	Brahyan Stiven Correa Rojas
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de venta. (Ar. 376 Inc. 2° del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Diecinueve (19°) penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia
Hechos	El 20 de diciembre de 2018; Hora:16:43 horas, en la carrera 50-C con calle 67, barrio San Pedro, sector Lovaina, de la ciudad de Medellín
Asunto	Apelación de sentencia absolutoria

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada