

TEMA: ESTRUCTURACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
– Se requiere probar que la tenencia de la droga tenía como propósito su distribución, tráfico o venta, elemento subjetivo cuya demostración está a cargo del ente acusador. / **FUENTE ANÓNIMA COMO MEDIO DE PRUEBA** – Sólo se le reconoce carácter de criterio orientador / **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 /

HECHOS: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida a favor de AJGB, por la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de vender al considerar el ente acusador que, en el proceso obran suficientes medios de prueba para condenar al acusado.

TESIS: Darle el carácter de prueba a una información que puede catalogarse de anónima, pues no se conoce su fuente, no dejaría de constituir un acto de fe y no de demostración, además de que implicaría suprimirle a la contraparte cualquier posibilidad de contradicción eficaz. De ahí que no pueda estimarse como un medio probatorio y menos que sea válido. (...) Frente al tema de la fuente anónima como medio de prueba, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP1003-2022, radicado 50320, M.P. Hugo Quintero Bernate, recordó que: "... la Sala pone de presente que la legislación nacional ha sido persistente en negar a los anónimos la condición de medio de prueba y en sólo reconocerles el carácter de criterio orientador de las labores de indagación cuando suministran datos específicos sobre hechos o situaciones que interesan al derecho penal y son susceptibles de verificación." (...) Pese a que en ocasiones se ha entendido que lo que escucha un testigo puede ser reconducido a un hecho que podría ser indicador, esto es, la base de la construcción de un indicio, en el caso no se cumplen sus presupuestos, toda vez que el mismo debe estar plenamente probado para que pueda ser fuente de lo inferido, ya que no podría ser un medio de prueba como lo explicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un asunto similar, en el que con base en información anónima se derivó el indicio de que el implicado se dedicaba a la venta de estupefacientes, en razón de la expresa prohibición de considerarlo como un medio de prueba, pues solo puede ser "criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación". (...) conviene reparar en la estructura de los indicios que es expuesta de buena manera en la sentencia SP660 de 2022 del 9 de marzo de 2022, radicado 58850, en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citando la providencia con radicado 49066, reiteró que: "Desde luego, 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. MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

FECHA: 21/06/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO. GABRIEL FERNANDO ROLDAN RESTREPO



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00206-2021-07938
Procesado: AJGB
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de sentencia
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 061

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. EL ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida a favor de AJGB, el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín.

2. ANTECEDENTES

2.1. De la acusación y los hechos

En la acusación se le atribuyó al imputado la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de vender con base en los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“El 13 de mayo del 2021 aproximadamente a las 23:15 horas, la policía se desplazaba por el sector de la cancha La Raza, del Barrio Miramar en Medellín, cuando observaron a varias personas aglomeradas en la esquina de la cancha ubicada en ese lugar, realizaban movimientos extraños, que

según la experiencia policial se trataba de Tráfico de Estupefacientes; estos ciudadanos al notar la presencia policial comienzan a dispersarse; al gritar ‘alto Policía Nacional!’, estos comienzan a correr en diferentes direcciones, no pierden de vista al señor AJGB, quien es perseguido por la policía, lo ven que arroja un objeto a un pastizal, uno de los patrulleros verifica lo que había arrojado y consistía en 60 cigarrillos envueltos en papel aluminio con una sustancia vegetal con características similares a la marihuana. Al requisarlo, en uno de sus bolsillos le encontraron 17 billetes de \$ 2.000 y 4 billetes de \$ 5.000. Una de las personas que se encontraban en el lugar, concede una entrevista indicando a los patrulleros que la persona capturada era quien siempre le vendía la marihuana en cigarrillos por valor de \$2.000. Inmediatamente se le da a conocer los derechos en calidad de capturado y lo dejan a disposición de la autoridad competente.

Los elementos incautados fueron examinados por un perito experto y estableció que es positivo para cannabis y sus derivados en un peso neto de 70.9 gramos de cannabis.

(...)”

2.2. De la actuación procesal

El 14 de mayo de 2021 se formuló imputación a AJGB por los anteriores hechos, que la Fiscalía calificó como el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contenido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, en su modalidad de vender. La acusación se formuló en la audiencia del 4 de agosto siguiente en la que la delegada de la Fiscalía reiteró lo imputado.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 29 de septiembre de 2021, y el juicio oral tuvo lugar en sesiones del 18 de enero, 27 de julio, 1 y 9 de noviembre de 2022, última fecha en la que se efectuaron los alegatos de conclusión y se anunció el sentido de fallo de carácter absolutorio. El pasado

21 de febrero se dio lectura a la sentencia la que fue apelada por la Fiscalía.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado absolvió al procesado por juzgar que no se acreditó que la sustancia estupefaciente que arrojó al suelo estuviera destinada para la venta, pues no es suficiente referir una probable venta o mencionar la existencia de un comprador que no se escuchó en juicio, ni se intentó su ubicación y que no se acreditó su existencia. Al contrario, ninguno de los testigos afirmó haber presenciado una venta, a lo que se suma que no se discutió la condición de consumidor del acusado.

Concluyó que pese a no existir duda de que al momento de la captura el procesado tenía en su poder una bolsa con 60 cigarrillos de marihuana, no es posible condenar con la evidencia de ese suceso acompañada con tan solo prueba de referencia inadmisibles sobre que se estaba realizando una venta o distribución.

4. LA APELACIÓN

La fiscal delegada pretende se revoque la absolución por considerar que con el interrogatorio del acusado no se acreditó o desvirtuó nada, mientras que, por el contrario, con la práctica probatoria de cargo se demostró la responsabilidad penal del procesado en el delito atribuido, puesto que: i) al procesado se le hallaron 60 cigarrillos con sustancia positiva para cannabis, así como ii) 17 billetes de \$2.000 y 4 de \$5.000; iii) habían personas a su alrededor al momento de la

captura; y iv) fue aprehendido casi a la media noche, en una cancha en la que no estaban haciendo deporte.

Agregó que se debe tener en cuenta que un ciudadano se acercó e informó que el capturado le vendía marihuana a \$2.000 pesos, por lo que no se trataría de un simple consumidor, sino de un vendedor.

5. CONSIDERACIONES

Atendiendo a que no se observan causas de nulidad de la actuación procesal y a que, evaluada la sustentación del recurso con cierta caridad, obra una mínima argumentación, se ejercerá la competencia que la ley le otorga al Tribunal para desatar de fondo la instancia.

La apelación interpuesta por la Fiscalía se reduce a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el juez de primer grado, en tanto entiende que en el proceso obran suficientes medios de prueba para condenar al acusado, en tanto que: (i) con el dicho del consumidor entrevistado al momento de la captura del procesado se demostró que este vendía marihuana a \$2.000 pesos, y (ii) concurren indicios que permiten llegar a esa conclusión.

Para establecer si le asiste razón a la fiscal apelante conviene fijar los hechos sobre los cuales no se presenta ninguna discusión de su demostración en juicio, para luego ocuparnos en el aspecto en que se centran las divergencias que, en general, se refieren a la demostración de la venta o cuando menos, de un contexto que permita establecer, por fuera de

duda razonable, que el estupefaciente se encontraba destinado para esa finalidad. Veamos:

No se discute que AJGB fue capturado el 13 de mayo del 2021 por agentes de la policía luego de haberlo observado entre varias personas aglomeradas que realizaban intercambios, y tras hallarle: i) una bolsa que arrojó momentos antes de ser abordado por los policías y que contenía 60 cigarrillos envueltos en papel aluminio con una sustancia vegetal con características similares a la marihuana, y ii) 17 billetes de \$2.000 y 4 billetes de \$5.000.

También quedó demostrado y no ha sido objeto de controversia que la sustancia incautada al acusado al momento de su captura era cannabis con un peso neto de 70.9 gramos; sin embargo, para verificar la estructuración del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se requiere probar que la tenencia de la droga tenía como propósito su distribución, tráfico o venta, elemento subjetivo cuya demostración está a cargo del ente acusador, al hacer parte del tipo penal de manera implícita con base en lo dispuesto en el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 del año 2009.

Como quiera que la apelante considera haber cumplido con la carga probatoria que le asistía, será del caso determinar i) si lo dicho por el consumidor entrevistado al momento de la captura del procesado, informado en juicio a través de los agentes que escucharon lo manifestado, puede ser considerado como un medio de prueba válido; y en todo caso, ii) si mediante los indicios obrantes es posible concluir con certeza la responsabilidad penal del implicado de modo que quede

totalmente descartada la probabilidad de que el procesado sea un consumidor aprovisionándose.

En cuanto al primer aspecto, se tiene que, según lo atestiguado en juicio por los agentes de policía que aprehendieron al hoy procesado, cuando llegaron al lugar de los hechos observaron una aglomeración de personas en la que se encontraba AJGB y, al identificarse como policías, la mayoría de los ciudadanos que estaban allí emprendieron la huida.

En su declaración, los patrulleros advirtieron, en diferentes circunstancias, la presencia de otro ciudadano, además del acusado, que manifestó ser consumidor y que en entrevista tomada allí les informó que este último le vendía marihuana.

Específicamente, John Jairo Solarte Delgado atestiguó que luego de que el grupo de personas en el que se encontraba el procesado se dispersó, observaron a un sujeto que se quedó pasmado y no tuvo la posibilidad de correr, el cual se identificó como Hamilton y les proporcionó sus datos personales. Afirmó que este les informó que es consumidor y que el sujeto capturado era a quien le compraba la sustancia estupefaciente, específicamente, cada cigarrillo a \$2.000 pesos; sin embargo, les pidió reserva porque podría traerle consecuencias.

Por su parte, el patrullero Alexander Arboleda Lopera, luego de narrar su parada en el lugar y el posterior hallazgo de la sustancia estupefaciente a un ciudadano, explicó que

cuando estaban allí llegó un sujeto preguntando por marihuana, señalando al aprehendido A como a quien le compraba la sustancia.

Finalmente, Andrés Fernando Sánchez Sanabria expuso en juicio que, cuando estaban con el capturado, encontraron a un comprador que les comunicó que iba a comprarle a la persona que tenían aprehendida.

Además de que no se percibe claridad sobre las circunstancias de la presencia del supuesto consumidor en el lugar, al juicio no asistió el ciudadano que habría señalado al acusado como vendedor de cigarrillos de marihuana y tampoco se introdujo su entrevista como prueba de referencia bajo alguna causal que la tornara admisible, ni se proporcionaron datos que permitan su cabal identificación, de la que no se da cuenta que se haya verificado, por lo cual cuando menos se trataría de prueba de referencia inadmisibile.

Pero aún más, en estas circunstancias, darle el carácter de prueba a una información que puede catalogarse de anónima, pues no se conoce su fuente, no dejaría de constituir un acto de fe y no de demostración, además de que implicaría suprimirle a la contraparte cualquier posibilidad de contradicción eficaz. De ahí que no pueda estimarse como un medio probatorio y menos que sea válido.

Frente al tema de la fuente anónima como medio de prueba, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP1003-2022, radicado 50320, M.P. Hugo Quintero Bernate, recordó que:

“... la Sala pone de presente que la legislación nacional ha sido persistente en negar a los anónimos la condición de medio de prueba y en sólo reconocerles el carácter de criterio orientador de las labores de indagación cuando suministran datos específicos sobre hechos o situaciones que interesan al derecho penal y son susceptibles de verificación.

(...)

Esas normas prohíben de manera general la admisión de quejas anónimas como fundamento de la acción penal y de otra clase de acciones, y solo autorizan reconocerle el carácter de criterio orientador de indagaciones oficiosas cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan adelantar gestiones específicas con el fin de verificar su contenido.

(...)

Aunque el precepto solo se refiere a los documentos, es evidente que la prohibición aplica para todos los medios o fuentes de información que tengan la condición de anónimos, en aplicación del principio lógico jurídico que enseña que donde existe el mismo supuesto fáctico debe existir la misma consecuencia jurídica, o que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, pues no tendría sentido que siendo la razón de ser la misma (el origen desconocido de la fuente informativa), la prohibición solo operara para los documentos.” (subrayas del Tribunal)

Entonces, al tratarse de una fuente anónima, el elemento mediante el cual se pretende probar que AJGB vendía cigarrillos de marihuana a \$2.000 pesos, no puede considerarse como un medio de prueba; por tanto, lo único acreditado en este aspecto es que los patrulleros escucharon dicha afirmación por parte de un ciudadano al que entrevistaron.

Pese a que en ocasiones se ha entendido que lo que escucha un testigo puede ser reconducido a un hecho que podría ser indicador, esto es, la base de la construcción de un

indicio, en el caso no se cumplen sus presupuestos, toda vez que el mismo debe estar plenamente probado para que pueda ser fuente de lo inferido, ya que no podría ser un medio de prueba como lo explicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un asunto similar, en el que con base en información anónima se derivó el indicio de que el implicado se dedicaba a la venta de estupefacientes, en razón de la expresa prohibición de considerarlo como un medio de prueba, pues solo puede ser *“criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación”*. Veamos:

“Aduce el Tribunal, con base en el testimonio del agente de policía, PT. Yomar Albeiro Castaño Cano, que es indicativo de que el procesado y su acompañante se dedicaban a la venta de estupefacientes, porque así lo informaron ciudadanos que noticiaron a la autoridad pública.

Importa señalar que el agente de policía en ningún momento identificó a aquellos miembros de la comunidad que, según se manifestó, informaron que el procesado y su acompañante se dedicaban al expendio de estupefacientes. Se trató, por lo tanto, de una fuente de información que tiene la condición de anónima y, por lo tanto, no puede ser empleada como medio de prueba, por prohibición del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, pudiéndose utilizar únicamente como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación, según la interpretación que sobre la materia ha dado esta Corporación¹.

De manera que de las manifestaciones hechas por la ciudadanía no era factible derivar que el acusado REYES MARÍN se dedicara al expendio de estupefacientes, más aun cuando el mismo policial declaró en el juicio que no observó al acusado, ni a su acompañante, en faenas de venta de las sustancias.”²

Descartado, entonces, que lo escuchado por los policías del supuesto comprador, que espontáneamente señala al

¹ CSJ AP-3479, 25 jun. 2014, rad. 43865; CSJ, SP-5798, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ SP-7570, 8 jun. 2016, rad. 40961.

² CSJ SP9916-2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. 11 jul. 2017, rad. 44997.

acusado como vendedor, pueda ser utilizado como medio de prueba en cualquier sentido, restará examinar si mediante indicios es posible concluir con certeza la existencia del delito, esto es, si la marihuana se encontraba destinada para la venta.

Puestos en esta labor, conviene reparar en la estructura de los indicios que es expuesta de buena manera en la sentencia SP660 de 2022 del 9 de marzo de 2022, radicado 58850, en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citando la providencia con radicado 49066, reiteró que:

“... las inferencias lógico jurídicas, a través de operaciones indiciarias, tienen cabida en el sistema procesal penal en virtud del principio de libertad probatoria; 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 subsistirán en el campo de la incertidumbre o la especulación.

Demostrado el hecho indicador, es menester enunciar la regla de la lógica, la experiencia o la ciencia que otorga fuerza probatoria al indicio, dado que eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por tanto, es indispensable expresarla para garantizar su contradicción.

A continuación, se debe ilustrar el hecho indicado, cuya firmeza dependerá del alcance de la máxima utilizada. Y, finalmente, se valorará dicho dato, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios arrimados, de cara a concluir el aspecto que se declara probado.

Desde luego, 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. Y todo ello debe

analizarse en el contexto del proceso penal en el que la garantía del in dubio pro reo y del principio de presunción de inocencia se erigen como límites del establecimiento de la verdad que, en todo caso, no puede ser reconstruida a cualquier precio.”³

En su apelación, la Fiscalía argumentó la existencia de cuatro hechos indicadores que, estimó, demuestran su teoría del caso de venta: i) al procesado le hallaron 60 cigarrillos con sustancia positiva para cannabis; además, ii) 17 billetes de \$2.000 y 4 de \$5.000; iii) había personas a su alrededor al momento de la captura; y iv) fue aprehendido casi a la media noche, en una cancha en la que no estaban haciendo deporte.

La cantidad de estupefaciente (60 cigarrillos de marihuana), el dinero hallado (17 billetes de \$2.000 y 4 de \$5.000), y las circunstancias de tiempo y lugar en las cuales fue aprehendido el acusado (aglomeración de personas en una cancha a medianoche), en este caso no son hechos indicadores que permitan de modo concluyente asegurar, por fuera de duda, que el acusado se encontraba vendiendo la sustancia que le fue incautada.

En efecto, las circunstancias señaladas no alcanzan a descartar la probabilidad, así se pueda estimar menor, de que aún así, el acusado sea un consumidor que habría adquirido la sustancia estupefaciente en una cantidad que no es incompatible con que estuviese destinada a su propio consumo, no inmediato, sino en cierto lapso. Veamos:

- i) La tenencia de los 60 cigarrillos de marihuana no excluye la probabilidad de que el acusado los haya

³ CSJ SP4638-2020. 25 de nov. 2020. Rad., 49066

comprado para abastecerse, puesto que ni por la vía de la lógica o la experiencia puede establecerse el postulado de que siempre o inexorablemente que una persona tenga dicha cantidad de cigarrillos es porque la tiene destinada a su tráfico.

Podría aún acentuarse la fuerza de la circunstancia incriminatoria de este aspecto, considerando que el acusado residía y trabajaba cerca al lugar donde fue capturado, lo que eventualmente haría innecesario que se aprovisionara en esa cantidad; no obstante, ignoramos diversos aspectos que por su contingencia podría tornar explicable que la haya adquirido para su consumo en los próximos días, pues realmente no tenemos mayor ilustración de cómo funcionaría la plaza de venta de vicios en el lugar, si es que ella existía.

- ii) Del monto del dinero y del valor de los billetes que se le encontraron a AJGB al momento de su aprehensión, tampoco puede construirse un hecho indicador concluyente sobre que sean producto de la venta de estupefacientes. El dinero que una persona tiene en su bolsillo puede provenir de diferentes fuentes, incluso de la devuelta del valor que debió pagar por su adquisición, cuyo monto se ignora. Se trata de un indicio leve, como el anterior que, ni aún apreciándolos en conjunto, incrementan en mayor medida su capacidad de indicar la venta.

iii) En cuanto al hecho indicador de que el acusado cuando fue aprehendido se encontraba en una cancha en la que no estaban haciendo deporte a medianoche, además de que no es claro lo atestiguado sobre lo que se estaba haciendo en ese momento, resulta de escasa capacidad de indicación o de inferencia para, a partir de ahí, corroborar que el acusado es un vendedor, hasta el punto de que la Sala no lo considera siquiera un indicio. De hecho, los agentes que efectuaron la captura aluden a varias personas entre ellas a una que era consumidora. No está demostrado que en esas circunstancias no se coloquen consumidores en los lugares conocidos como “parches”, sitios públicos que se ocupan para departir, consumiendo o no drogas, y con presencia o no de vendedores.

Dicho de otra manera, la Sala no logra edificar una inferencia lógica incriminatoria en contra del acusado por estar en un lugar en el que se sabe había consumidores, por lo cual no tiene ninguna entidad para descartar de forma alguna que el procesado haya sido uno de los compradores que se encontraban allí.

iv) Y aunque no se alegó por la Fiscalía, también tendría que descartarse como indicio lo relacionado con el valor económico de la cantidad de cigarrillos encontrados, por cuanto se ignora su costo y de ese modo no puede establecerse que en razón de ello fuera inaccesible pecuniariamente para el

procesado, quien adujo obtener ingresos por labores que hacía.

En cuanto al costo es de reparar que el supuesto valor de cada cigarrillo de marihuana se intentó demostrar a través de fuente anónima, que como se explicó no puede considerarse como un medio de prueba. Y frente al dinero que devengaba el acusado no se descarta un posible ingreso extra que le permitiera la consecución de los estupefacientes para su consumo, un ahorro para la necesidad de un aprovisionamiento, o un descuento por su compra.

Ninguno de los indicios anteriores individualmente considerados es grave y menos concluyente para determinar que el 13 de mayo de 2021, AJGB estaba vendiendo estupefacientes; pero tampoco de su valoración conjunta se puede establecer el hecho atribuido. No solo con ninguno de ellos se llega a esa única conclusión, sino que además la ponderación en conjunto admite la posibilidad de que el estupefaciente hallado, sea únicamente para consumo del acusado.

En síntesis, no es posible llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del acusado en el tráfico de estupefacientes; en consecuencia, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

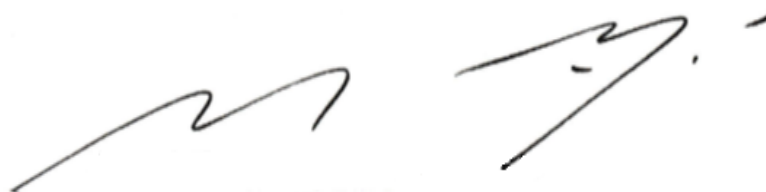
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

administrando justicia en nombre de la República y por
autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Confirmar la sentencia absolutoria objeto de recurso de
apelación, acorde con lo dicho en la parte motiva.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra
ella procede el recurso de casación, el que se deberá
interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo
cual se deberá presentar la demanda dentro del término
común de treinta (30) días, conforme con lo dispuesto en el
artículo 183 del Código de Procedimiento Penal.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO
(Con aclaración de voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 0500160 00206 2021-07938

Procesado: AJGB

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Magistrado Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aclaración de voto: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

ACLARACION DE VOTO

Estimo que el factor decisivo para que esta Sala confirme la absolución en este caso es la no aducción de la entrevista rendida a la Policía por una persona que se encontraba en lugar del suceso, quien les indicó que solía comprarle estupefaciente al acusado, pues como lo anotó el ponente, quedó como prueba de referencia inadmisibles, en tanto, el declarante no fue citado al juicio ni la entrevista fue incorporada, lo que imponía a la fiscalía, por las dificultades investigativas que se plantean con los informantes anónimos, compensar tal labor con otros aspectos como: las circunstancias en que se produjo el hallazgo, el aporte como medio testifical de los captores, si su relato o narración armoniza y otorga fiabilidad, y conforme a las condiciones personales, familiares, laborales y sociales del procesado.

Ahora bien, mi punto a aclarar se centra en que contemplar la posibilidad de que el estupefaciente incautado se tuviera para el consumo propio e individual, sin ánimo de tráfico alguno, como se plantea en la ponencia, no tiene respaldo siquiera en manifestaciones del procesado de que sea consumidor, y por lo tanto, sin una alegación defensiva al respecto, en un sistema que se proclama adversarial y “con igualdad de armas”, con mantenimiento de la carga de la prueba, como principio esencial, en virtud de la presunción de inocencia e in dubio pro reo, mal puede el fallador enarbolar una circunstancia de favor, que más que justificante, termina socavando la estructura de la conducta típica, como especie de generosa

concesión que no es el fruto de ningún esfuerzo, bajo el mal entendido que viene acuñándose de que el ánimo del porte de drogas en el pernicioso contexto del narcotráfico (aún en eslabones finales del comercio callejero y al menudeo) exige, más allá de probar con apoyo en rotundos elementos indiciarios, que la droga se tenía para su distribución, que el portador sea adicto y en qué grado. Y más aún, que, demostrada esa condición, tenga la fiscalía que ir a los imposibles de probar hasta cuántos meses y para compartirla con cuántos otros, porque hasta sin pedirlo se halle ad infinitum alguna justificación como la aquí sugerida dosis de aprovisionamiento.

Entonces, plantear que tiene que estar demostrado el ánimo de ingesta o autoconsumo derivado de que la cantidad del hallazgo sea compatible con ese propósito, llama a tener mayores argumentos probatorios acerca de que la persona sea consumidora, sin que ello signifique invertir la carga de la prueba o suponer tal circunstancia sin mayores elementos de juicio.

Atentamente,



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO