

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

**Medellín, dieciséis (16) noviembre de dos mil diecisiete (2017).**

**Radicado:** 050016000206201062499  
**Procesado:** Gustavo de Jesús Rúa Díaz  
**Delito:** Trafico, fabricación o porte de estupefacientes  
**Asunto:** Apelación de Sentencia –ordinaria-  
**Sentencia:** No.029- Aprobada por acta No.207 de la fecha.  
**Decisión:** Revoca absolución  
**Lectura:** 30 de noviembre de 2017, 10:00 a.m.

**Magistrados Ponentes**

**Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Dr. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia del 14 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Ant., que absolvió al señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

## **2. CUESTIÓN FÁCTICA**

Los hechos que dieron lugar a la presente investigación penal, fueron narrados por la Fiscalía General de la Nación, en el escrito de acusación, de la siguiente manera:

“El día 23 de noviembre del año 2010, siendo las 22:40 hora de la noche, a través del radioperador de la Policía de Bello, le es informado a la patrulla del sector comprendido en la avenida 44 con diagonal 53, conocido con el hueco del municipio de Bello, que allí se encontraba un vehículo tipo taxi, identificado con placas TRF101, desde donde se estaba descargando una droga –sustancia estupefaciente-, por lo que entonces los agentes de Policía Francisco Javier Cortés y Henry Velez, al llegar al lugar indicado observaron el taxi en mención y un individuo al lado de este, quien al notar la presencia policial salió corriendo y arrojó de su mano derecha una bolsa plástica, color negra e ingreso a una casa que tenía la puerta abierta, por lo que entonces uno de los policiales, sin perderlo de vista, realiza su persecución, mientras que el otro policial recoge la bolsa que había arrojado el sujeto, observando que se trataba de marihuana, entre tanto el sujeto que estaba huyendo y es perseguido, se tira por una ventana de una residencia, cayendo al primer piso de la vivienda, reventando unas tejas, vivienda a la cual el policial que persigue el sujeto solicita el ingreso a esta, encontrando el sujeto allí, a quien se le indica que se va a proceder a su captura, ante lo cual el sujeto nuevamente huye y se tira por el tejado cayendo al primer piso de otra residencia donde finalmente es capturado, por cuanto en ese lugar ya no tenía escapatoria,...

... la prueba de identificación preliminar homologada, realizada por el policía judicial adscrito al C.T.I. Andrés Felipe Calderón, a la sustancia incautada, se estableció que la sustancia vegetal era positiva para cannabis y sus derivados con un peso neto de 1.767,1 gramos ...”

## **3. DESARROLLO PROCESAL**

El 25 de noviembre de 2010 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello Con Funciones de Control de Garantías de Medellín, declaró la ilegalidad del procedimiento de captura, decisión que fuera revocada en segunda instancia el 9 de diciembre de 2010, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma municipalidad.

El 5 de marzo de 2012, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, se le formuló imputación al señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo (artículo 376 inciso 3), cargo que decidió no aceptar.

El día 14 de mayo de 2012 la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual se formalizó en audiencia pública llevada a cabo el 26 de septiembre del mismo año y el 31 de enero de 2013 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello. La audiencia preparatoria se realizó los días 22 de marzo y 5 de julio de 2013. El siguiente 27 de septiembre de la citada anualidad se inició el juicio oral, diligencia que se extendió durante el 8 de noviembre de 2013, 30 de enero, 17 de febrero, 23 de septiembre, 8 y 16 de octubre de 2014, 29 de septiembre y 2 de diciembre de 2015 y 22 de febrero y 12 de diciembre de 2016, fecha última en la que se emitió sentido de fallo absolutorio en favor del señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**. El 14 de diciembre siguiente se le dio lectura a la sentencia y frente a la misma, la Fiscalía interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

#### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Destacó el fallador que la prueba de cargo y que consistió únicamente en los testimonios de los agentes de policía que participaron en la aprehensión del hoy procesado, se torna incoherente, poco creíble y no tiene ningún otro respaldo probatorio, contrario a lo que sucede con la prueba de descargo, la cual es contundente, uniforme y rica en descripciones de tiempo, modo y lugar, respecto a los hechos atribuidos a **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**.

Señaló que le resultaba muy cuestionable el hecho de que los Policiales realizaran la visita al lugar de los hechos, presuntamente por una llamada en

la que les informaron que de un taxi estaban descargando unos estupefacientes y que cuando llegaron al lugar encontraron el taxi, pero nada hicieron respecto de dicho bien, es decir, no lo inspeccionaron, decomisaron ni dejaron a disposición de la Fiscalía para que iniciara la investigación del caso.

Dice que le genera mucha desazón el hecho de que los gendarmes indicaran que vieron al procesado aproximadamente a 3 o 4 metros de distancia antes de capturarlo y pese a ello lo hubieran dejado huir, cuando por las condiciones del lugar, era perfectamente posible que lo aprehendieran en el acto, casi inmediatamente, máxime que contaban con un arma de dotación que debieron haber accionado para evitar la huida.

Señala que no son creíbles para nada los dichos de los testigos de cargo, aunado a que la prueba fue muy poca y la investigación de la Fiscalía muy deficiente, al punto que no se logró desvirtuar la teoría presentada por la defensa, lo que impone la absolución del acusado.

Considera que la teoría del caso de la Fiscalía parte de una historia falsa creada por los dos Policías que declararon en el juicio, con el fin de encubrir su mala o ilegal actuación en los hechos, la cual difiere de lo realmente sucedido en aquella oportunidad y que fue narrado con toda veracidad por los testigos de la defensa.

Además de lo anterior, por el irregular procedimiento de cadena de custodia adelantado con la sustancia incautada, advierte que no existe mismidad en el alcaloide que se presume portaba el ahora acusado, pues no se levantó siquiera un informe en el que se plasmara el elemento hallado, características y calidades de la misma, lo que evidentemente lo releva de toda responsabilidad.

En consecuencia de todo lo anterior, consideró procedente la absolución del señor **Rúa Díaz**.

## 5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Señala la delegada del ente acusador, que el motivo de su disenso, tiene que ver exclusivamente con la valoración probatoria que hace el juez de primera instancia, en tanto le da plena credibilidad a los testigos traídos por la defensa y, sin más, desacredita la prueba de cargo, bajo supuestos que no fueron soportados en el juicio oral.

Aduce que respecto a la no incautación del automotor ni realización de las pesquisas que señaló el juez, respecto al vehículo y el procesado, se debió a la premura que imponía la captura del fugitivo y la asonada que hizo la comunidad cuando se logró la aprehensión, lo que, incluso, fue corroborado por los testigos de descargo.

Señala que, tal y como lo narran los policiales, estos se dedicaron a capturar al señor **Rúa Díaz** y a incautar el estupefaciente, como primera señal del actuar delictivo y los demás gendarmes que llegaron posteriormente a apoyar el procedimiento, fueron quienes trasladaron y se entendieron del vehículo.

Aduce que le resulta muy extraño el hecho de que el juez, dándole plena credibilidad a los testigos de la defensa, quienes informaron que los policías se apropiaron de un millón de pesos que llevaba consigo Aldemar, el conductor del taxi, no compulse copias en contra de los uniformados, ni tampoco del citado testigo, que indicó tener en su poder el estupefaciente cuando se realizó el procedimiento de captura de **Gustavo de Jesús**.

Respecto a los testimonios de la defensa y que edificaron la sentencia absolutoria (Arnobia y Aldemar), aduce que son abierta y puntualmente contradictorios en todos sus apartes, que al momento de la práctica probatoria la intromisión del juez fue inexplicable, en tanto trató de aclarar o re direccionar, en favor de la defensa, los dichos de estos deponentes.

En lo que tiene que ver con la cadena de custodia que indicó el juez no haberse cumplido respecto del elemento material probatorio incautado, considera muy pertinente resaltar que ese tópico no fue tocado en el juicio oral, la defensa no lo debatió para nada y si bien es cierto que no se acreditó la mismidad del elemento, también lo es que tampoco se dijo que no lo fuera, estuviera alterado o manipulado, por lo tanto no podía, edificar una absolución argumentando tan fuertemente algo que no se discutió en el juicio.

Finaliza indicando que la valoración probatoria, así como la práctica de la prueba en juicio oral, estuvo precedida de un ánimo favorecedor por parte del juez hacía la defensa y fue en razón de ello que se dio la absolución del señor **Gustavo de Jesús**, motivo por el cual depreca de la segunda instancia, se revoque la decisión y se emita la condena por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

## **6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:**

El defensor, al referirse a la intervención de la Fiscalía como sujeto recurrente, consideró que no le asistía razón a esta delegada al afirmar la falta de imparcialidad del juez en la valoración y recepción de los testimonios, en tanto que advierte que las intervenciones que tuvo el funcionario en la práctica probatoria hacen parte de su costumbre judicial y

de su total autonomía. De igual manera el hecho de no ordenarse la compulsión de copias respectivas, como lo solicitó la Fiscalía, también hace parte de su autonomía judicial y no es una obligación suya como para reprochar el no hacerlo.-

A lo largo de su escrito se ocupó de valorar nuevamente las pruebas analizadas por la judicatura en la sentencia, para concluir que ciertamente las declaraciones de los policiales son en extremo contradictorias, al punto que emerge diáfano que la captura del señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** se trató de un montaje de estos para encubrir un actuar ilícito de su parte y, por el contrario, los deponentes traídos a juicio por solicitud de la defensa, fueron coherentes, complementarios y creíbles y si hubo alguna inconsistencia entre estos, la misma es perfectamente entendible dadas las circunstancias tan apremiantes en que ocurrieron los hechos.

Señala que comparte la apreciación que hace el juez respecto a la ruptura de la cadena de custodia del elemento material probatorio incautado, como quiera que el mismo constituye una irregularidad sustancial que lleva al traste la prueba y la credibilidad de todos los testigos de la Fiscalía.

Aduce que el juez en su sentencia siempre tiene que darle credibilidad a unos u otros testimonios, esto es los presentados por la Fiscalía o la defensa, y en este caso como la prueba de descargo le resultó al funcionario judicial más creíble, la Fiscalía está enervada y por eso predica una falta de imparcialidad por parte del juez, el que de paso sea dicho, lo único que hizo en la práctica probatoria fue ajustar el desbalance que tenía la Fiscalía por contar con dos funcionarios muy expertos.

En conclusión, deprecia la confirmación de la sentencia absolutoria en favor de su prohijado, ante la evidente prueba que acredita la inocencia de este respecto a los hechos endilgados.

## **7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**

### **7.1 Competencia.**

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

### **7.2 Problema jurídico.**

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón a la recurrente o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada íntegramente.

En virtud de lo expuesto, el problema jurídico a resolver comporta determinar si fue correcta la decisión del juez de primera instancia, al absolver al señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** por el porte de 1.767,7 gramos de marihuana, hallados presuntamente en su poder, por cuanto la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia que a este cobijaba y, en cambio

la prueba de descargo sí acreditó que los hechos endilgados por el ente acusador, se trató de un montaje por parte de los policiales que realizaron el procedimiento de captura.

Planteadas así las cosas, con el fin de tomar una decisión al respecto, esta Colegiatura pasará a ocuparse de analizar la totalidad de la prueba practicada en juicio oral y determinar a cuál de las partes le asiste la razón en su teoría del caso.

### **7.3. Caso concreto y la valoración probatoria**

Superado lo anterior, es claro para la Sala que el problema jurídico a resolver es de índole netamente fáctico, por cuanto la inconformidad del apelante se centra en una supuesta mala valoración que hizo la primera instancia de las diversas pruebas introducidas al juicio oral.

Debe advertirse que el sistema que rige para la valoración judicial de la prueba en Colombia es el de la sana crítica y persuasión racional, que implica una evaluación de los diferentes medios de convicción allegados al proceso, en un primer paso, de manera individual a través de las reglas de la ciencia, la técnica, la lógica y la experiencia desarrolladas para cada tipo de prueba y a continuación de manera conjunta. Así, se puede decir que las pruebas deben tener dos tipos de consistencias: una de carácter individual en donde el elemento de convicción aisladamente considerado se muestre como creíble en razón de la verosimilitud que intrínsecamente evidencia; pero, también, una sistémica por la armonía que debe presentar en relación con las demás pruebas para lograr un relato coherente y lógico de los hechos que se investigan.

Así pues, específicamente frente a la prueba testimonial, de acuerdo al artículo 404 C.P.P. para apreciar su solidez, el juez deberá tener en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del o de los sentidos por los cuales se obtuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de recordación, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio, la forma de sus respuestas, su personalidad y, agrega esta Sala, la lógica, la coherencia y la verosimilitud de la narración que son factores muy importantes al momento de determinar su peso.

Evidentemente todo este análisis el juez lo debe hacer explícito en la sentencia y solo habrá lugar a condena cuando del mismo surja irrefutable no solo la materialidad del delito sino la responsabilidad del procesado<sup>1</sup>

Ahora bien, respecto a los testigos de cargo, ha sido prolija la jurisprudencia nacional al señalar que se le puede dar plena validez jurídica como soporte de incriminación de una decisión judicial, en tanto su idoneidad y coherencia permitan excluir cualquier resquicio de duda y contradicción

Frente al mismo tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“... si bien pretéritas reglas de valoración probatorias se basaban en el principio de *“testis unus testis nullus”*, (*un solo testigo, testigo nulo*) desechando en sistemas tarifados el poder suasorio del declarante único, ahora, con la libre valoración acogida en nuestro medio procesal la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de interés en el proceso o demás circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia que permita llegar al estado de certeza.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 381 C.P.P.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 33997 del 4 de agosto de 2010.

Para el caso *sub examine* se tiene que **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, fue absuelto del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo la modalidad de llevar consigo.

El juez de primera instancia no dio credibilidad a los testimonios de cargo (patrulleros que realizaron el procedimiento de captura) infiriendo que los mismos no daban solidez a la tesis de la Fiscalía y por su inexactitud reforzaban las declaraciones de los testigos de la defensa. En consecuencia, la judicatura acogió la tesis del defensor y consideró que los hechos investigados estaban permeados de un actuar ilegal y fraudulento por parte de los Policías que llevaron a cabo la captura del ahora procesado y que no era cierto que a este, en realidad, se le hubiera hallado portando 1.767,7 gramos de marihuana.

Pues bien, con el fin de establecer las condiciones previas y concomitantes en las que se llevó a cabo el operativo que terminó con la aprehensión del señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** y por el cual se inició esta causa penal, y en aras de determinar cuál de las posiciones encontradas resulta ser la que brinde más elementos de convicción para resolver el presente caso, se hará un análisis pormenorizado de las pruebas practicadas en el juicio oral.

Como testigos de cargo y directos, acudieron al juicio los patrulleros **Francisco Javier Cortés Bedoya** y **Henry Antonio Vélez Muriel**, quienes manifestaron que el 23 de noviembre de 2011 se encontraban de turno en el sector norte de la ciudad y de la Estación de Policía de Bello, por radio teléfono, les informaron que en un taxi de placas TRF101 se estaba transportando sustancias estupefacientes al barrio El Hueco de Bello, por lo que de inmediato comparecieron al lugar y al llegar observaron efectivamente el taxi parqueado y al lado de este un señor que al notar la presencia de ellos, soltó una bolsa negra que tenía en la mano y emprendió la

huida por lo que **Cortés Bedoya** decidió perseguirlo entra tanto su compañero **Vélez Muriel** se bajaba de la moto y revisó su contenido.

Adujo el policial **Francisco Javier** que efectivamente fue él quien al llegar al lugar de los hechos se bajó de la moto y realizó la persecución de **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, quien se entró a una casa que tenía la puerta abierta, subió al segundo piso, se tiró por una ventana, cayó al techo de otra vivienda y descendió a otra vivienda donde finalmente quedó atrapado; sin embargo, no fue él quien le dio captura al citado porque a su compañero se le facilitó más entrar a la casa donde quedó **Rúa Díaz**. Afirma que inmediatamente hicieron la aprehensión salieron del barrio por cuanto la gente del sector, que es conocido socialmente como un plaza de vicio, les empezó a hacer tumulto para que no se llevaran al capturado.

Señala este testigo que no hicieron ningún procedimiento o inspección del taxi que estaba estacionado en el lugar de los hechos y del que habían informado transportaba estupefacientes, porque cuando arribaron al barrio lo que llamó su atención fue la huida del señor **Gustavo de Jesús**, luego de despojarse de la bolsa negra que cargaba y contenía una gran cantidad de marihuana e inmediatamente lograron su aprehensión, en vista de la actitud reactiva de la comunidad, debieron abandonar prontamente el sitio y pidieron ayuda a otras patrullas para que se encargaran del vehículo, el que por demás, al momento de los hechos, se encontraba cerrado y sin nadie en su interior.

Por su parte, el también patrullero **Henry Antonio Vélez Muriel**, manifestó que el día de los hechos ahora investigados, era él quien conducía la motocicleta en la que se desplazaron al sector el Hueco de Bello, y al llegar al mismo observaron un sujeto parado al lado de un taxi, quien tenía una bolsa en su poder y al verlos arrojó la bolsa al piso y salió a correr, por lo que su

compañero se bajó apresuradamente de la moto y emprendió la persecución, mientras tanto él inspeccionó la bolsa arrojada y halló gran cantidad de estupefaciente por lo que de un grito informó a **Cortés Bedoya** para que le diera captura al sujeto que huía. En ese momento, el citado ingresó a una vivienda que estaba abierta y su compañero lo siguió, pero como el fugitivo se lanzó por una ventana, fue finalmente él quien lo detuvo en la otra vivienda y para lo cual pidió la respectiva autorización de su morador.

Advierten ambos testigos presenciales que no vieron a nada ni nadie dentro del taxi que se encontraba parqueado en el lugar de los hechos, pues si bien el señor **Gustavo de Jesús** estaba muy cerca del vehículo, no lo vieron bajarse del mismo, las puertas del automotor estaban cerradas y su motor apagado, fue por ello que ninguna intervención inmediata les mereció ese objeto, máxime que cuando ya habían cogido a **Rúa Díaz** el orden público se tornó tan tenso que debieron abandonar el lugar y dejar que las demás patrullas que habían llegado a prestarles apoyo hicieran lo propio respecto al taxi.

También señalaron que al momento en que aprehendieron a **Gustavo de Jesús**, este lo único que les manifestó fue que le colaboraran pero no concretó en qué, lo trasladaron a la estación de Policía de Bello donde él voluntariamente firmó el acta de incautación de elementos, constancia de buen trato y demás.

Así las cosas, para la Sala es claro y no debe perderse de vista en lo absoluto, que la captura de **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** fue declarada legal con fundamento en la situación de flagrancia<sup>3</sup> que se presentó y nada de irregular se advirtió respecto de esa situación en la etapa procesal previa y que ya está superada.

---

<sup>3</sup> Actas de legalización de captura fls. 5 y 39

Entonces, en aras de determinar la responsabilidad del citado en el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se advierte que las declaraciones de los gendarmes que participaron en el operativo muestran coherencia interna, son congruentes con el reporte escrito presentado ante sus superiores, devienen perfectamente consistentes, similares, creíbles y para nada fabricadas, como lo sugiere la defensa, pues al contrario, las narraciones de estos tienen relación lógica con el devenir diario de sus funciones. Además, a los dichos de tales funcionarios la defensa no pudo impugnarles credibilidad, no se les tachó de falso su testimonio, ni pudieron ser desacreditados en el ejercicio de su labor por cursar en su contra investigación disciplinaria o penal alguna.

El *a quo* descalificó el relato de los policiales bajo estos argumentos:

1. Que los policiales no explicaron qué procedimiento hicieron con el vehículo tipo taxi que fue reportado por la central como el objeto del ilícito y,
2. Que sus declaraciones fueron poco claras.

Frente al primer tópico, considera la Sala que una vez escuchados con detenimiento los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional, no se entiende el extraño argumento de la primera instancia para edificar casi toda su sentencia absolutoria, pues dichos testigos, además de ser contestes en su declaración, explicaron claramente porqué motivo dentro del procedimiento que reportaron ante su superior, no intervinieron el taxi que se encontraba parqueado en el sector El Hueco de Bello, pues si bien son conscientes de que se trataba del mismo vehículo, según lo informado por el comandante de la Estación, en el que transportaban alucinógenos, se abstuvieron de intervenirlo, primero, porque cuando arribaron al lugar no vieron ningún acto irregular relacionado con el rodante además de estar estacionado y, en

cambio sí, notaron un acto que ameritó su inmediata intervención como fue la huida de un ciudadano luego de que se despojara de una bolsa que, al verificarla, establecieron que contenía una sustancia similar a la marihuana y; segundo, porque cuando por fin aprehendieron al ciudadano fugitivo, la comunidad en su afán de proteger y cohonstar la ilicitud del vecino del lugar, les empezó a hacer una asonada, por lo que debieron abandonar el sector prontamente.

No obstante, estos sí explicaron que el taxi había sido revisado en el acto. pero por patrulleros diferente a ellos, quienes comparecieron al lugar de los hechos a apoyar su labor, se llevaron el rodante a la estación de Policía y, al no encontrar nada en su interior ni reporte alguno que lo relacionara con algún acto ilícito, el mismo fue entregado momentos después a quien acreditó su propiedad.

Fue así como los agentes **Cortés Bedoya** y **Vélez Muriel**, hicieron un relato con la suficiente ilustración, sobre cómo, dónde y cuándo se realizó la aprehensión, las distancias entre el capturado y la patrulla motorizada y también de este con el referido taxi, la manera en que el sujeto lanzó la bolsa contentiva del estupefaciente, las circunstancias del entorno y la visibilidad del sitio, las palabras del individuo al ser capturado y la dirección exacta del procedimiento y hasta lo sucedido con el referido taxi, pese a que no tuvieron contacto alguno con el.

Ciertamente los policiales atinaron al describir las circunstancias precisas de la detención, además que sus atestaciones guardan coherencia y solidez con el procedimiento adelantado y ello encuentra respaldo en la evidencia documental arrimada al juicio.

Frente a la exigencia que hace la primera instancia de respaldar la aprehensión del ciudadano procesado con un procedimiento adicional, correspondiente a la inspección que le debían de hacer al rodante que se halló en lugar de los hechos y hasta vincularlo a la presente causa penal, considera esta Colegiatura que además de ser ilógica, resulta innecesaria dado que los policiales nunca afirmaron que se hubiera incautado la sustancias alucinógena dentro del taxi. De hecho estos atestaron consistentemente que ningún procedimiento respecto al vehículo hicieron y menos que lo hubieran puesto a disposición de la Fiscalía, por el contrario, fueron claros en asegurar que el hecho de que no hubieran realizado actividad alguna con el rodante tiene explicación en que no advirtieron ninguna irregularidad en el automotor, pues el ahora procesado no se encontraba al interior del mismo y este ni siquiera tenía las puertas abiertas, pero tampoco lo inspeccionaron para corroborar las circunstancias informadas por el radio teléfono, dado que cuando llegaron al lugar lo que les apremió su actuar fue la huida de **Gustavo de Jesús** y la posterior asonada que les hizo la comunidad.

Y es que no entiende esta Colegiatura como exigirle a los policiales que hicieran algo que a la postre resultaba ilegal, pues si efectivamente el vehículo que vieron estacionado no estaba en una situación de ilegalidad, ¿cómo pedirles que lo incautaran y hasta lo vincularan a la presente causa penal?. No, no podían ponerlo a disposición de la Fiscalía porque, como afirmaron con vehemencia, ellos no ni siquiera lo inspeccionaron dadas las condiciones tan apremiantes que debieron superar con la captura del ahora procesado; sin embargo, sí hay constancia de que el automóvil sí fue examinado por otros gendarmes diferentes a los testigos, quienes incluso lo llevaron hasta la estación de Policía de Bello, donde finalmente fue entregado a su propietario como quiera que en el no hallaron nada que lo comprometiera legalmente. En consecuencia, ninguna irregularidad

sustancial constituye el hecho de que no se hubiera incautado y posteriormente vinculado a la presente causa penal el vehículo tipo taxi de placas TRF101, quedando sin validez alguna la argumentación que el *a quo* presentó al respecto.

Y es que para la Sala resulta ilógico que si al juicio acudieron dos personas que presenciaron de manera directa los hechos, como los son los policías **Cortés Bedoya** y **Vélez Muriel**, quienes observaron al capturado portar la bolsa contentiva del estupefaciente y arrojarla al piso al percatarse de la presencia de los gendarmes, el juzgado requiera que, además de esas declaraciones, se allegue al proceso la prueba del procedimiento que le hicieron a un automóvil que ninguna irregularidad tenía, simplemente porque la información inicial indicaba que en ese vehículo era donde se portaban los estupefacientes, desconociendo el valor probatorio de la prueba testimonial directa como medio de convicción, la cual no pudo ser tachada de falsa por la defensa.

Por lo demás, la Sala considera que los testimonios de los policiales **Cortés Bedoya** y **Vélez Muriel** son dignos de toda credibilidad, pues dichos ciudadanos fueron sinceros frente a los cuestionamientos de las partes en el juicio oral, contestaron sin titubeos y no pudo impugnárseles su versión, aunado a que sus relatos son coincidentes en los puntos centrales del debate con los documentos ingresados como medios de convicción, elementos de los cuales se advierte claramente, que el señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, para el momento de los hechos, portaba 1.767,7 gramos de marihuana, que al verse sorprendido por los Policías huyó, pero finalmente fue capturado en flagrancia y firmó voluntariamente el acta de incautación de elementos y de buen trato.

Los demás testigos de la Fiscalía igual consistencia probatoria muestran, de una lado, declaró Andrés Felipe Calderón, investigador del CTI de la Fiscalía, quien manifestó haber realizado el primer análisis del contenido del elemento incautado y determinó que se trataba de cannabis en un peso de 1.767,7 gramos. Manifestó que cuando lo recibió la cadena de custodia se encontraba en perfecto estado, pues todo le fue entregado en una bolsa transparente con su respectivo rótulo y dentro de ella se hallaba una bolsa negra y la sustancia incautada y explicó cómo y a través de qué protocolos realizó la prueba PIPH.

También atestiguó la ingeniera química del CTI Eliana Cristina Solis Solano, quien realizó la prueba PIPH confirmatoria, adujo que el análisis lo hizo el 13 de abril y solo elaboró el informe del mismo hasta el siguiente 21 del mismo mes y año, pues por el cúmulo de trabajo que presenta no le fue posible hacerlo antes, sin embargo el elemento siempre estuvo bajo una adecuada cadena de custodia, en perfecto estado como lo recibió y estuvo en el almacén de evidencias bajo el mismo rótulo, entre tanto lo devolvía a la Fiscalía con su informe. Aduce que está completamente segura que el análisis que elaboró corresponde a la misma sustancia incautada, pues, como advirtió reiteradamente, nunca se rompió la cadena de custodia y por ello se permite aseverar la mismidad del elemento.

Al hacer el análisis de estos dos testigos el juez de primera instancia, de manera muy extraña por cierto, dedujo que de esas declaraciones se concluía que la cadena de custodia del elemento estaba defectuosa y por lo tanto no se podía decir que lo incautado en realidad correspondiera a la prueba realizada o al informe entregado.

Se dice de manera extraña, porque si se escucha detenidamente los registros de audio de esas declaraciones, lo que se deduce con meridiana claridad es

totalmente contrario a lo que afirmó el juez en su sentencia, como quiera que ambos testigos afirman con vehemencia que se cumplió a cabalidad con la cadena de custodia del estupefaciente incautado, las respuestas fueron claras y seguras, al punto que ni siquiera ese tópico fue abordado o cuestionado por la defensa ni por el mismo juez, en sus acostumbradas y cuestionables preguntas complementarias. Por ende, no puede advertirse un defecto donde en verdad no lo hubo y con base en ello edificar una sentencia absolutoria.

El *a quo*, sin argumentos técnicos, científicos o jurídicos, señaló que el hecho de que el testigo Andrés Felipe Calderón indicara que había recibido en una bolsa transparente la marihuana incautada contradecía el dicho de los policiales, quienes afirmaron que el procesado la portaba en una bolsa negra y por ende, además de que perdía credibilidad la prueba de cargo, se rompía la cadena de custodia. Sin embargo, para la Sala es completamente errada esa conclusión, en tanto es claro que el mismo investigador del CTI afirmó que recibió todo en una bolsa transparente pero que la misma contenía el rótulo con la información de la cadena de custodia y, en su interior estaba la bolsa negra y el alcaloide, situación que es perfectamente coherente con el dicho de los gendarmes aprehensores, pues lo lógico es que para almacenar lo hallado, estos hubieran extraído la marihuana de la bolsa y ambos elementos los almacenaran en la bolsa transparente, propia de la cadena de custodia.

Tampoco tiene ninguna relevancia el hecho de que la ingeniera química que realizó la prueba PIPH confirmatoria presentara el informe de su labor ocho días después de haber analizado la sustancia, pues como ella misma lo indicó ese hecho tiene justificación en el cúmulo de trabajo que tiene y, más importante aún, durante esos días el material permaneció en cadena de custodia en el almacén de evidencias, es decir, no hay prueba alguna de que hubiera sido alterado o modificado.

Se advierte, entonces, que la aseveración que hace el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, respecto de que no se tiene certeza de que el elemento incautado al señor **Rúa Díaz** fuera el mismo que se examinó por parte de los investigadores del CTI, no tiene ningún asidero legal ni probatorio para esta segunda instancia y en consecuencia se descarta tal circunstancia, porque, además, como ya se dijo, esa cuestión no fue siquiera debatida por la defensa.

Pasará la Sala a analizar pormenorizadamente los testimonios de descargos, por ser en estos en los que finalmente fincó la absolución la primera instancia, no sin antes advertir que se debe tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte<sup>4</sup> ha sostenido que no se puede desechar de plano el testimonio de familiares, amigos o vecinos de alguna de las partes involucradas –víctima o victimario-, en la medida que, a pesar de la probable falta de objetividad que pudiera surgir del interés natural de favorecer a los consanguíneos y allegados, contenidos de verdad pueden estar inmersos en tales versiones, por lo que las reglas de apreciación de este tipo de prueba, recomiendan someter a ese testigo un exhaustivo análisis, en los términos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, el cual atiende a *“la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de memorización, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*, hechos a partir de los cuales se debe avanzar hacia un estudio concatenado de dichos medios de convencimiento con los demás practicados en el juicio, para de esta manera, identificar si la declaración es digna o no de crédito.

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia establecida en el radicado 34.536 del 6 de marzo de 2013

En el presente caso, como ya se advirtió, la defensa quiso demostrar, que el estupefaciente que presuntamente fue incautado al señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, no fue encontrado en manos de dicho ciudadano, pues para el instante mismo de los hechos este se encontraba conversando con un amigo llamado Eduardo en la casa de una vecina, Esmeralda Patricia Morales Naranjo; sin embargo, el alcaloide fue encontrado en la silla delantera de un taxi que estaba parqueado en el mismo lugar y los gendarmes, al tener información del 123, entraron al barrio disparando, involucraron al ahora procesado y lo golpearon y hurtaron un dinero al dueño del referido vehículo.

Para el efecto citó a declarar, entre otros que resultan ciertamente irrelevantes tanto para su teoría del caso como para el devenir procesal, a los señores Marco Adrián Jiménez Gómez, Aldemar Antonio Meneses Osorno, Arnobia Elena Valencia Arboleda, Esmeralda Patricia Morales Naranjo y Mónica Andrea Agudelo Patiño, investigador contractual de la defensa, conductor del taxi TRF101 y residentes del sector El Hueco de Bello, respectivamente.

El citado investigador contractual presentó una declaración con la que se ingresó una serie de documentos, tales como oficio y grabaciones de la línea 123 del 23 de noviembre de 2010 entre las 21:30 y 23:30 horas; copias del libro de población que se lleva en la Estación de Policía de Bello y que da cuenta de lo ocurrido con el vehículo tantas veces referido, además de la captura del ciudadano procesado; oficio en el que se informa los policiales que estuvieron de turno para el momento de los hechos y unas fotos que tomó del lugar de los hechos.

En su declaración indicó que en las grabaciones del 123 que le fueron suministradas no se da cuenta que a los policiales que fungieron como testigos en el juicio se les informara sobre la existencia del aludido taxi y en concreto de la información que los hizo comparecer al lugar, como ellos lo afirman. También señaló que no había rendido sino un informe sobre el caso, esto es el signado por él el 27 de febrero de 2013; sin embargo, la Fiscalía le impugnó credibilidad con un informe anterior que le descubrió un defensor de apoyo el día de la audiencia de acusación y que data de diciembre de 2011, por lo que el testigo, después de muchos titubeos acepta que mintió y en efecto rindió dos informes.

También respecto de tales legajos la Fiscalía en el conainterrogatorio pudo acreditar que el mismo investigador falseó en la información que consignó en ambos, concretamente en lo atinente a la hora en que presuntamente hizo la visita al lugar, porque de ello sí fue vehemente en decir que únicamente compareció una vez al sitio y no aceptó haber ido dos veces, pero no supo explicar el porqué la fecha en ambos informes es diferente.

De este testigo sí es nula la credibilidad que puede dársele a lo por él informado, pues de un análisis juicioso de su declaración se desprenden tantas inconsistencias y mentiras que se hace imposible pasarlas por alto, pues las mismas adquieren tanta relevancia que hacen inverosímil pensar que el referido investigador está diciendo la verdad.

Es más, del análisis de esa misma prueba, incluso, se puede concluir que no puede tener ninguna relevancia la constante aseveración de la defensa cuando dice que los policías atrás referidos faltan a la verdad por afirmar que recibieron la información de la irregularidad que los hizo comparecer al

sector el Hueco por medio de la línea de emergencias 123, pues es lo cierto que si se oye con detenimiento la versión de estos en ninguna parte se advierten eso, pues con total normalidad lo único que dicen es que la información inicial sí se dio por medio de la línea 123 pero a ellos se las trasladó el comandante de la Estación de Policía de Bello, por manera que no puede tener cabida el infructuoso esfuerzo que hace el profesional del Derecho que representa los intereses del procesado por vedar la credibilidad de los testigos gendarmes a través de las grabaciones introducidas por este investigador, cuando ciertamente la mismas no tienen nada que ver con lo que estos manifestaron y menos podrían ellos reconocer en tales grabaciones su voz, como lo pretendía el defensor.

El juez de primera instancia validó ampliamente las declaraciones de los señores Arnobia Elena y Aldemar Antonio y fue con los dichos de estos con los que prácticamente confeccionó la absolución de **Gustavo de Jesús** por considerar que tales dichos se tornaban absolutamente creíbles y contestes.

Al respecto, advierte esta Colegiatura el grave error en el que incurre una vez más el funcionario judicial, ya que sin mayor esfuerzo intelectual se puede deducir lo irregular y contradictorio de estas declaraciones, las mismas que no se compadecen ni siquiera en lo esencial.

Ello por cuanto nótese que la señora Arnobia, quien dice ser vecina del sector, afirmó que el día de los hechos se encontraba parada en la puerta de su casa en compañía de su señora madre esperando a que sus hijos se entraran, que también **Gustavo de Jesús** estaba parado en la acera de la casa de su vecina Esmeralda Patricia conversando con un señor Eduardo y que en general en el barrio había mucha gente, muchos niños, afuera en la calle.

Esta testigo, en el directo que le hace la defensa, asegura que vio entrar a dos policías caminando, quienes sin mediar palabra, hicieron un disparo, motivo por el que todos los que estaban afuera se entraron corriendo, luego, estos mismos policías cogieron a Gustavo, lo aporrearon, lo arrastraron y lo detuvieron<sup>5</sup>. Sin embargo, ante una nueva pregunta del defensor, aduce que los funcionarios de la policía llegaron muy ofuscados al referido lugar, le preguntaron a los niños y a toda la gente que había afuera (sin concretar a quien o quienes), quién era el propietario del taxi que estaba parqueado en el lugar y como nadie le supo responder, hicieron un disparo y todos corrieron hacia adentro de sus casas.<sup>6</sup>

De **Gustavo de Jesús** dice que es: *“un señor que siempre nos ha coloraborado y en estos días se había metido a la quebrada y ellos estaban muy pendientes por tanto niño. Siempre nos ha colaborado”*<sup>7</sup>. No sabe porqué lo detuvieron, que es muy buena persona, que los policías lo persiguieron y lo cogieron sin razón, que no tenía nada encima ni en la mano, los agentes lo sacaron de la casa de Esmeralda y lo maltrataron y por eso toda la gente del barrio se amontonó y le decían a los policiales que por favor no le pegaran que él era un señor de bien. Solo sabe que se lo llevaron esposado junto con el conductor del taxi.

Del presunto conductor del taxi, la testigo en el directo dice que no sabe quién es porque ella no vio llegar el taxi que llevaba más de una hora parqueado en el lugar de los hechos y en su interior no estaba nadie, pero después en el contrainterrogatorio que le hace la Fiscalía dice que supo que el señor que se llevaron esposado con **Gustavo** era el conductor del taxi porque ella lo vio entrar y bajarse del taxi y, además, dice que este se bajó solo y sin nada en la mano.

---

<sup>5</sup> Record. 1:21

<sup>6</sup> Record 1:26:02

<sup>7</sup> Record 1:26:25

Para la Sala no hay nada más confuso, contradictorio, increíble y mendaz que este testimonio, pues la señora deponente a leguas se notaba que tenía una versión elaborada previamente, de la que no pudo dar mayores detalles, al punto de que cuando se le preguntaron situaciones concretas se contradijo, además de que su relato fue pausado, inconcluso y evidentemente direccionado por su defensor. En verdad que esta declaración ninguna certeza de los hechos puede suministrar y menos puede desvirtuar los dichos de los policiales que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia.

También pasó por el estrado judicial el testigo Aldemar Antonio Meneses Osorno, presunto conductor del taxi de placas TRF101 que se encontraba parqueado en el lugar de los hechos y que ahora ocupan la atención de la Sala.

Este ciudadano dio un relato bien diferente a la de los demás testigos de descargo, pero extrañamente el juez la consideró coherente con los demás.

Así, declaró Meneses Osorno que era conductor de taxi desde el año 1996, ha laborado casi siempre de noche y en el sector norte de la ciudad y que el 23 de noviembre de 2010 en horas de la noche fue contratado en el barrio las cabañas por alias “El Mono”, un sujeto a quien con anterioridad conocía pero del que no puede dar mayor identificación, quien le manifestó que le daba 70 mil pesos por hacerle una carrera al barrio “El Tapón o El Hueco” de la misma municipalidad, él aceptó aunque reconociendo que sí era extraño el ofrecimiento de dinero porque normalmente una carrera entre las distancias citadas costaba entre 8 y 10 mil pesos; pero, en fin, asintió al ofrecimiento y el contratante le montó en el asiento delantero una bolsa negra de la que desconocía su contenido.

Continua indicando que cuando iba en camino se subió un sujeto y al llegar al barrio referido el mismo se bajó del taxi pero dejó la bolsa, él se quedó dentro del vehículo y en cuestión de 3 minutos máximo arribaron dos policiales en una moto indicándole que debían requisarlo, abrieron el carro, lo inspeccionaron y hallaron la bolsa que alias “El Mono” le habían puesto en el asiento delantero del vehículo y que el pasajero no había bajado, luego de revisar la bolsa los policiales le indicaron que era marihuana que como iban a arreglar, también le hicieron un registro personal y le hallaron un millón de pesos en el bolsillo trasero de su pantalón, un *blackberry* y un celular y le dijeron que si quería ellos se llevaban ese millón de pesos para no ponerlo a voltear, a lo que él les manifestó que sí, que procedieran de tal manera y en ese instante, los gendarmes le dijeron que en cuestión de media hora fuera a la Estación de Policía de Bello a reclamar el vehículo, lo que en efecto hizo.

Aduce que los policías le informaron que se fuera que ellos tenían que culpar a alguien por lo que habían encontrado en su vehículo y cuando fue al comando, le entregaron el carro y le mostraron a un muchacho que no conoce ni conocía al interior de una patrulla de policía y le preguntaron que si esa era la persona que él trasportó al barrio el Tapón o el Hueco y él les dijo que no era.

Atestó que luego de que le quitaron el dinero, él se fue por sus propios medios, no esposado, no vio ninguna persecución ni que los policías persiguieran a nadie, menos escuchó disparos. Sin embargo, en el conainterrogatorio cuando la policía le preguntó nuevamente si había escuchado disparos dijo que sí, que como uno o dos, pero que no considero relevante decirlo en el directo sin que se lo preguntaran.

También afirmó que los policías que le hurtaron el dinero iniciaron una persecución en su contra, cada que querían lo paraban en diferentes sectores de la ciudad, le dañaban el carro, le quitaban todo lo que llevaba, al punto que debió vender el vehículo y abandonar el oficio de conductor de taxi. Sin embargo anuncia que tales hechos nunca los denunció formalmente. Respecto al millón de pesos que supuestamente le fue hurtado por los policías el día de los hechos, dice que los tenía dispuestos para pagar una letra del carro. También señala que como los 70 mil pesos que le habían pagado por la carrera al barrio el Hueco, los tenía en el bolsillo de su camisa y era una suma tan insignificante, los policías cuando lo requisaron “no le pararon bolas” a esa plata y no se la hurtaron.

Nótese pues lo contradictorio que resulta ser este testigo con lo dicho por la señora Arnobia, declaraciones que fueron fundamento de la sentencia absolutoria, pues mientras el conductor del taxi dice que no se bajó del carro al dejar al pasajero y que permaneció allí si mucho 3 minutos hasta que llegaron los gendarmes, Arnobia dice que lo vio bajarse luego de que estacionara el carro, el que permaneció en el lugar más de una hora, también dice que salió esposado junto con **Gustavo**, mientras él afirma que se fue por sus propios medios, al punto que también dice que el procedimiento fue únicamente su requisa, la incautación de la bolsa y el hurto del dinero que llevaba por parte de los policiales, pero entre tanto, la citada ciudadana afirma que los policías llegaron y sin mediar palabra dispararon; sin mencionar para nada al conductor del taxi, solo hasta el final, que sin más, cuenta que lo sacaron esposado.

En realidad no atina la Colegiatura a encontrar una aproximación a la verdad al oír estas dos declaraciones, pues al escuchar las mismas se sorprende cada vez más por pensar cómo es que el juez de primera instancia pudo edificar su

criterio con fundamento en estas dos narraciones, al punto de que considera la Sala que estos dos testigos faltaron a la promesa hecha ante el director de la audiencia de decir solamente la verdad de los hechos, pues nótese que ese relato tan elaborado e increíble del señor Aldemar lejos está de coincidir con el de la señora Arnobia y menos con el de los demás deponentes, cuando más contradicciones no pueden haber en estos relatos.

No comprende esta segunda instancia cómo es posible que ante la existencia de actos tan arbitrarios e injustos de los que presuntamente fue víctima Aldemar Antonio por parte de los policiales, una persona pueda guardar silencio y no denunciar, máxime que según la narración del citado, estos funcionarios prácticamente le destruyeron la vida y acabaron con el oficio que mantenía por más de 10 años; sin embargo, viene a esta audiencia y sin ningún tipo de reservas narra las supuestas violaciones que ha tenido que sufrir pero no justifica en ningún momento el hecho de porqué no había revelado antes situaciones tan graves.

La señora Esmeralda Patricia Morales Naranjo, también testigo de descargo, afirmó que el 23 de noviembre de 2010, siendo aproximadamente las 9 de la noche, se encontraba lavando ropa en su casa cuando llegó **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** entró a su vivienda y le llevó un mercadito en consideración a la difícil situación económica que atravesaba en ese momento, en agradecimiento de tal acto ella le ofreció una agua de panela y él le manifestó que más tarde se la recibía porque iba a charlar con don Eduardo, otro vecino del sector, fue así como estos se dispusieron a hablar al frente de su casa, cruzando la calle.

Aduce la testigo que al rato sintió disparos y **Gustavo** entró corriendo a su casa, ella cerró la puerta y se subieron al segundo piso de la misma donde estaban sus hijos, en ese momento sintió un golpe y fue porque un policía le tumbó la puerta de entrada a su morada y sin pedir permiso ni exhibir orden de allanamiento, subió al segundo piso, la trató con palabras soeces, le desordenó la casa, pasó por encima de sus hijos que estaban acostados en el piso y le preguntó a **Rúa Díaz** que dónde estaba la otra gente y cuando menos pensó se tiró por la ventana y cayó al primer piso. Aclara que **Gustavo** en ningún momento se tiró por la ventana.

Luego indica que el policía le pegó a **Gustavo** y a ella, cuando se metió a defenderlo a este, que nunca denunció los hechos de maltrato ni tampoco los daños que le causaron a su vivienda, pero no da explicación concreta al respecto.

También afirma la señora Morales Naranjo que a su casa entró solo un policía, pero después cuando se le pregunta si el que entró fue el mismo que capturó a **Gustavo** se confunde mucho y, con una voz muy baja, dice que no, que quien lo capturó fue otro, para terminar entonces aceptando que a su vivienda entraron dos gendarmes diferentes. Además, la Fiscalía en el conainterrogatorio logra impugnar la credibilidad de la testigo porque en el juicio oral dice que los funcionarios entraron a su casa sin nada y salieron igualmente sin nada en sus manos, solo con **Gustavo** esposado y agrediéndolo; pero en una declaración anterior afirma que los gendarmes entraron y salieron de su casa con una bolsa negra, lo que en tratándose de una situación tan relevante es imposible que lo olvidara y ello desdice mucho de la credibilidad de esta testigo, máxime que se nota que su relato también es muy elaborado.

El anterior relato, también es evidentemente contradictorio con el de Arnobia, la testigo estrella para la judicatura, pues véase como esta última afirma que el procesado se encontraba hablando con Eduardo en la acera de la casa de Esmeralda; sin embargo, la misma Esmeralda da cuenta que los aludidos estaban era al frente de su casa, pasando la calle, situación que para afianzar la credibilidad de deben suministrar los testimonios, sí resulta muy relevante.

Finalmente, como testigo de la defensa también declaró Mónica Andrea Agudelo Patiño, igualmente vecina del sector donde capturaron a **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, quien contó que estaba acostada viendo televisión cuando sintió un disparo y al momento un estruendo muy cerca y cuando se asomó a ver qué pasaba era un policía que estaba encima de sus tejas, no pronunciaron palabra y de inmediato sintió que tocaron la puerta de su casa y eran otros dos policías que se entraron hasta donde estaba el otro gendarme, sin pedir permiso, e igualmente salieron sin decir absolutamente nada.

Declaró que habían muchos policías más afuera en el barrio, que de la casa de enseguida sacaron a un muchacho esposado y toda la gente del barrio gritaban que no le pegaran y no sabe más nada, pues en ese momento se entró de nuevo para su casa. Dice que no vio quién disparó y que tampoco denunció el daño de las tejas que le hicieron a su casa.

Los testigos que desfilaron a lo largo del juicio oral son absolutamente claros y concretos en afirmar que el sector donde capturaron a **Gustavo de Jesús** y que se denomina el Hueco o el Tapón, es un expendió de alucinógenos,

incluso sus mismos habitantes así lo refieren, situación que refuerza la teoría del caso del Ente Acusador.

Además, todas las declaraciones antes referidas vigorizan el dicho de los policiales en lo atiente a la asonada que hizo la comunidad luego de la captura del hoy procesado, argumento más para creer en que la versión real de los hechos fue la suministrada por los patrulleros de la policía Henry Antonio Vélez Muriel y Francisco Javier Cortés Bedoya, en consecuencia la teoría avante dentro de la presente investigación es la de la Fiscalía y no como erradamente lo considerara la judicatura, la de la defensa.

Y es que considera este Tribunal que en toda la práctica probatoria y en general en la intervenciones que hizo la defensa, lo único que pretendió fue desviar la atención respecto a la real ocurrencia de los hechos, pero sin fundamento probatorio alguno, puesto que sus medios de convicción fueron tan deficientes que incluso apuntaban por dos versiones diversas, enfocándose únicamente en que el hecho de no incautar el taxi referido hacía imposible la comisión del delito en manos de su defendido, lo que como en extenso se vio en acápites precedente, constituye una situación irrelevante de cara a la teoría de la Fiscalía y el caudal probatorio acopiado.

De las pruebas de la defensa, concretamente de las deponentes vecinas, debe decirse además que estas de alguna manera dejaron claro en su relato que sentían un agradecimiento por el ahora procesado, lo que se entiende como un vínculo que a la postre las llevó a mentir en su versión con miras a favorecer a **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** y por ende las mismas tendrían que haber sido analizadas bajo un tamiz más riguroso, tal y como lo anotó la jurisprudencia transcrita en párrafos precedentes.

Estima la Sala que esta inquietante decisión del *a quo*, va en total contravía de la lógica y de la sana crítica, ya que a través de las declaraciones de cargo e, incluso, las de descargo, surtidas dentro de la práctica probatoria se puede establecer con meridiana claridad que la teoría conspirativa de la defensa únicamente tiene cabida en la imaginación de esta parte y en lo absoluto derriba la tesis del ente acusador, por el contrario, la corrobora en lo esencial.

Así las cosas, concluye esta Colegiatura que la sentencia absolutoria de la primera instancia fue totalmente desacertada, pues se considera que, por el contrario, la responsabilidad penal del señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** está debidamente soportada en suficientes elementos probatorios con los cuales es posible colegir no solo la materialidad de la conducta sino también su antijuridicidad, como de igual manera su culpabilidad, dada su condición de imputable y la no demostración de causa legal que lo haya hecho transitar por los senderos de la ilicitud.

En ese orden de ideas, impera revocar en todos sus apartes la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, proferir fallo de condena en contra de dicho ciudadano por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en su calidad de llevar consigo.

A esta Corporación sí le resulta muy necesario llamar la atención del Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, para que en lo sucesivo sea más cuidadoso en el desempeño de su labor como director de las audiencias y asuma una posición imparcial en las mismas, evitando suplir las necesidades del interrogatorio de las partes a través de las mal denominadas preguntas complementarias y las que justifica en la ausencia del representante del Ministerio Público, pues notó esta Colegiatura que la

intervención del juez en la práctica probatoria fue excesiva, al punto de sentirse como una parte más en el proceso y con ello apoyando a uno de los únicos dos sujetos a los que les está permitido su intervención exhaustiva en el interrogatorio, máxime que el funcionario judicial al momento antes de que el testigo le respondiera explicaba qué era lo que este quería decir.

Esta situación, entonces, le resulta a la Sala inaceptable y por ello debe ser corregida por el juez para evitar reiterarla.

Finalmente, ya se dijo párrafos arriba, para la Sala no hay duda que aquí los testigos de la defensa posiblemente haya un convenio de encubrir al responsable del delitos aquí investigados, que los llevó a mentir abiertamente sobre cómo ocurrieron los hechos y por tanto se ordenará la compulsión de copias para la respectiva indagación por los delitos de falso testimonio o las conductas ilícitas que se lleguen a comprobar.

## **8. TASACIÓN DE LA PENA**

Se ha de advertir que el delito por el cual resultó condenado el señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** es el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según hechos acontecidos el día 23 de noviembre de 2010, por lo que la normatividad aplicable es el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, inciso segundo, modificado por la ley 1453 de 2011, que trae aparejada una pena de prisión de 96 a 144 meses y multa por valor de 124 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Establecidos así los límites punitivos, los cuartos quedan conformados de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
96 a 108 meses de prisión	108 meses y un día a 120 meses de prisión	120 meses y un día a 132 meses de prisión	132 meses y un día a 144 meses de prisión
133,3 a 475 S.M.L.M.V	475 a 816,7 S.M.L.M.V	816,5 a 1.158,4 S.M.L.M.V	1.158,4 a 1.500 S.M.L.M.

Como dentro del juicio no se alegaron circunstancias de mayor punibilidad; pero sí aflora una de menor como es la carencia de antecedentes penales (art. 55-1 C.P), la pena a imponer se ubicará en el cuarto mínimo, dentro del cual se ha de asignar la pena mínima de noventa y seis (96) meses. Así mismo, la multa se fija en la mínima señalada, esto es ciento treinta y tres punto tres (133,3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se condenará accesoriamente a la interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico término al señalado como pena de prisión.

## 9. SUBROGADOS PENALES Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Como el delito se cometió el 23 de noviembre de 2010, en principio en este caso no es aplicable la Ley 1709 de 2014; no obstante por resultar más favorable a los interés del procesado se deberá aplicar en el asunto *sub examine*, tanto para el análisis del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como para la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, por cuanto los requisitos de esta última legislación son menos estrictos que los de la derogada.

No obstante esto, dada la entidad del delito por el cual está siendo condenado **Gustavo de Jesús Rúa Díaz**, es lo cierto que no puede acceder a ninguno de estos beneficios legales por no cumplirse el condicionamiento

objetivo para ellos, de un lado, porque para el subrogado de la ejecución condicional de la pena, la impuesta no debe superar los 4 años de prisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 del C. P; y en el caso de la prisión domiciliaria, debe la Sala destacar que la ley atrás referenciada, que modificó el artículo 68 A del Código Penal, estableció que se excluyen para la concesión de este beneficio, a las personas que hayan cometido delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, tal y como sucede en el presente asunto.

## 10. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Sobre la individualización de la pena es importante advertir que esta Sala mayoritaria de Decisión venía realizando la audiencia que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 cuando en primera instancia era absuelto el procesado y al desatar el recurso de apelación se resolvía condenarlo; no obstante, en las últimas decisiones proferidas en este sentido se ha dado aplicación a la reiterada postura de la Corte Suprema de Justicia bajo el entendido de que esta audiencia sólo está prevista para la primera instancia por cuanto se encuentra precedida por el sentido del fallo, una vez finalizado el juicio oral. Concretamente, de esta manera se ha pronunciado la Alta Corporación retomando sus propios argumentos:

“Así, en CSJ SP, ago. 14 2012, rad. 38467, se precisó que: El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado.

En efecto, la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la

vista de juicio oral, en la medida que éste sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción” (subrayas fuera de texto).

El anterior criterio se complementó poco tiempo después en CSJ SP, oct. 24 2012, rad. 36616, invocada por el Tribunal para abstenerse de realizar la referida audiencia, donde se auscultó pormenorizadamente el querer del legislador para no consagrar el aludido trámite en segunda instancia, acudiendo a los distintos debates surtidos al seno de la Comisión Redactora Constitucional del Código de Procedimiento Penal y al trasegar del proyecto en el Congreso de la República...

...Dicho criterio, bien está precisararlo, se ratificó por la Sala en CSJ AP, abr. 24 2013, rad. 40125 y en CSJ AP, ago. 27 2014, rad. 41630.”<sup>8</sup>

Es así como, en aplicación de la amplia jurisprudencia que se ha desarrollado sobre este tema, en el sub judice se precedió a realizar la dosificación de la pena con base en la información que reposa en la carpeta y sin llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal.

Frente a la interposición de recursos en este evento, la Sala mayoritaria considera que contra esta sentencia procede solamente el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004. Ello en atención a que al respecto, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en una consolidada línea jurisprudencial ha declarado la imposibilidad jurídica para dar cumplimiento al mandato contenido en la sentencia C-792 de 2014 argumentando las siguientes razones:

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Rad.44619. Decisión del 11 de marzo de 2015. M.P. María del Rosario González Muñoz.

a). La Corte Constitucional, en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014, declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 906 de 2004, por déficit normativo, en cuanto omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y difirió sus efectos a un (1) año, contado a partir de su notificación, que se cumplió entre el 22 y 24 de abril de 2015.

b). En la misma decisión, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un (1) año, contado a partir de la notificación del edicto del fallo, regulara el derecho a impugnar las sentencias penales condenatorias dictadas por primera vez en cualquier estadio procesal, y aclaró que de incumplir este deber, se entendería que la impugnación procedía ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

c). En la sentencia de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, al delimitar los efectos y alcances de la sentencia C-792 de 2014, precisó (i) que surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal, y (iv) que la Corte Suprema, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo a las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal.

d). La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión de fecha 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016, en el que precisó que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C-792 de

2014, de implementar, a partir del vencimiento del término de un (1) año, la impugnación en todos los casos en que se dictara sentencia condenatoria por primera vez, resultaba irrealizable, porque ni la Corte, ni autoridad judicial alguna contaba con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitieran poner en práctica este derecho.

e). En la misma dirección se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que una orden de la naturaleza de la que contienen las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso, por cuanto implica suplir un déficit legal normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos judiciales y la redistribución de competencias, entre otros aspectos<sup>9</sup>.

f). La imposibilidad de que por vía jurisprudencial se llene el vacío normativo advertido por la Corte Constitucional en los referidos fallos, lo explica la Corte Suprema de Justicia en que: *“Se trata de un asunto atinente a los principios de legalidad, reserva y de división de poderes, esenciales a una democracia, pues la competencia emerge como condición básica para que una persona pueda ser juzgada conforme al debido proceso (art. 29 C.P.), y le corresponde al legislador fijarla, ya que es propio de sus facultades expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (art. 150-1 y 2 Ib.), labores que, claro está, no puede asumir la judicatura dada la separación de poderes sobre la cual se edifica la estructura del Estado, (art. 113), y porque la legitimidad de su función radica en el sometimiento de sus actuaciones al imperio de la Constitución y la le (art. 230).”*<sup>10</sup>

Es así como la alta Corporación, en varias oportunidades, ha rechazado por improcedente los recursos de apelación que esta colegiatura había concedido en eventos similares al ahora estudiado, aduciendo los mismos argumentos

---

<sup>9</sup> CSJ AP, 18 de mayo de 2016, radicación 39156; CSJ AP3280-2015, 25 de mayo de 2016, radicación 37858, entre otras.

<sup>10</sup> CSJ AP37858-2016, reiterado en CSJ AP4808-2016, radicación 48406, CSJ AP5566-2016, radicación 48528, CSJ AP8236-2016, radicación 49029, entre otras.

expuestos en precedencia, específicamente en las providencias AP5567-2016, radicación N° 48482 del 24 de agosto de 2016 y AP6657-2016, radicación N° 48872 del 28 de septiembre de 2016.

En virtud de lo anterior, esta Sala de Decisión mayoritaria acoge la línea jurisprudencial de su superior jerárquico y en consecuencia no concederá la posibilidad de interponer el recurso de apelación en contra de esta sentencia proferida en sede de segunda instancia.

## **11. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

### **11.1. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 14 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Penal de Circuito de Bello, que absolvió al señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO:** En su lugar **CONDENAR** al referido señor **Gustavo de Jesús Rúa Díaz** a la pena de noventa y seis (96) meses de prisión, multa por valor de 133.3 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término de la pena privativa de la libertad, al hallársele autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**TERCERO:** Declarar que el condenado no tiene derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como tampoco a la prisión domiciliaria. En consecuencia líbrese la correspondiente orden de captura en su contra.

**CUARTO:** Expídase copia de esta sentencia con destino a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que investigue a MARCO ADRIAN JIMÉNEZ GÓMEZ, ALDEMAN ANTONIO MENESES OSORNO, ARNOBIA ELENA VALENCIA ARBOLEDA, ESMERALDA PATRICIA MORALES NARANJO y MÓNICA ANDREA AGUDELO PATIÑO, por la presunta comisión del delito de falso testimonio, según lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** En firme la presente decisión, expídanse las comunicaciones de rigor a las autoridades administrativas correspondientes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Magistrado**

Con salvamento parcial de voto

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.**

**Magistrado**

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ**

**Magistrado**

R/