

PROCESO: 05-001-60-00206-2018-05290
DELITO: Tráfico fabricación o porte de Estupefacientes
CONDENADO: Juan Camilo Sepúlveda Urrego
PROCEDENCIA: Juzgado 10 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia Condenatoria.
DECISIÓN: Revoca
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 096

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 17 de agosto último, por el Juzgado 10 Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se condenó a Juan Camilo Sepúlveda Urrego en condición de autor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 1 de febrero del año en curso, a eso de las 17:30 horas, en la carrera 65 con calle 44A, vía pública de esta ciudad, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de vigilancia observaron a Juan Camilo Sepúlveda Urrego transportarse en una bicicleta, sujeto que al advertir su presencia intentó evadirlos aligerando el paso, acción que propició que los uniformados lo requirieran para una requisita hallando en su poder 83.4 gramos netos de marihuana dosificados en 60 cigarrillos, 46,5 gramos netos de cocaína distribuidos en 200 papeletas en polvo y 20 bolsas en roca. El hallazgo determinó la captura del acá procesado.

El capturado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 30 de abril pasado, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 18 de mayo siguiente, como autor responsable del punible de tráfico, fabricación o porte de

estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo, de que trata el artículo 376 inciso segundo del Código Penal.

Realizado el juicio oral el *a quo* profirió la sentencia que se revisa, y en ella se halló penalmente responsable al acusado y se le condenó a las sanciones de setenta (70) meses de prisión, multa de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones y cargos públicos por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad; así mismo le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

Las partes estipularon como probados los hechos relacionados con la plena identificación del acusado, las circunstancias en que se produjo su captura, la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada y la condición de consumidor del acusado.

Luego de realizar una síntesis de la evolución jurisprudencial sobre la materia consideró que la fiscalía cumplió con la carga que la Corte le ha impuesto de demostrar que el destino de la sustancia iba más allá del propio consumo del procesado. Para el efecto, entendió idónea la prueba arrimada por el acusador y representada en la declaración rendida en juicio por Marta Cecilia García Tobón, asistente de la Fiscal del caso, quien en su condición de investigadora mjudicial indagó por las anotaciones con que contaba Sepúlveda Urrego, 6 de ellas por la misma conducta que se juzga en el presente asunto, todas y cada una de ellas con rasgos comunes como el lugar de la captura, el tipo de sustancias incautadas, en algunos casos por denuncias ciudadanas sobre la actividad de venta que aquel ejercía, información a la que accedió la deponente al examinar las noticias criminales que formaban parte de aquellas actuaciones. Fue de esa manera que el *a quo* interpretó la existencia de indicios de responsabilidad que respaldaban, junto con la cantidad de sustancias y la forma en que estaban dispuestas, su conclusión de condena.

3. DEL RECURSO

Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso de apelación a efectos de que se absuelva a su defendido de conformidad con los siguientes argumentos:

Calificó la decisión como violatoria del derecho al debido proceso de su representado por no satisfacer los estándares mínimos de prueba para concluir su responsabilidad; entendió

que el único fundamento de la decisión estuvo determinado por las capturas anteriores de su apadrinado; indicó que en el juicio no se demostró ninguna acción que corresponda con la venta de sustancias prohibidas por parte de su cliente; agregó que no es cierto que se haya desvirtuado que la cantidad correspondiera a una dosis de aprovisionamiento pues la defensa demostró como razón de ser de esa cantidad la obtención de un dinero extra por parte del acusado producto de la venta de un material de cobre que tenía en su poder; en su opinión, el juez consideró demostrado el verbo rector vender, acción que no se corresponde con la acusación, cuyo fundamento fue la acción de llevar consigo, además de lo cual no se probaron los elementos de la venta; finalmente añadió que al fundar la sentencia en anotaciones previas del acusado se retornó al derecho penal de autor ya superado y por ello proscrito de nuestro ordenamiento.

Los sujetos no recurrentes no se pronunciaron frente al recurso.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1° de la ley 906 de 2004.

2. El problema jurídico que debe resolver la Sala se concreta en establecer si en el caso bajo examen la Fiscalía logró satisfacer el estándar probatorio de que trata el artículo 381 del C. de P.P. como requisito para proferir fallo de condena, más concretamente, si a través de la declaración de la investigadora judicial García Tobón, cuando refirió las capturas anteriores del acusado y sus circunstancias, puede entenderse demostrado como destino de la sustancia uno diferente del propio consumo del actor.

Para responder este dilema la Sala empezará por sintetizar el estado actual de la discusión desde la jurisprudencia en punto de la tipicidad de la conducta y las cargas que de ese criterio se imponen desde lo probatorio a la fiscalía, luego de lo cual examinará la naturaleza de la prueba de cargo y su idoneidad en dirección a cumplir con el cometido que le asignó el acusador; finalmente, dependiendo de esa respuesta se confirmará o revocará la decisión que se revisa por vía de apelación

3. Múltiples debates jurídicos se han suscitado en los estrados judiciales alrededor de este tema, con mayor énfasis con la expedición del acto legislativo 02 de 2009, que ha generado una línea jurisprudencial dirigida a dejar claro que las personas que portan estupefacientes para su propio consumo, no ameritan reproche penal.

Así, inicialmente la impunidad del consumidor que traía consigo estupefaciente para su propio consumo, era tratada en la teoría del delito por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como ausencia de antijuridicidad; después, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de marzo de 2016, radicado 41760 la ubicó en el ámbito de la tipicidad, así:

“...la Corte considera que ha de ser resuelto dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, pues a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, en los términos que se explican en esta providencia”.

Y, así lo expuso:

“Al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P.

De ahí que tratándose de consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad no pueden ser judicializados por la justicia penal y su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.

(...)

Y aunque el Acto Legislativo y decisiones constitucionales que lo analizaron no cuantificaron lo que podía corresponder a la dosis despenalizada, deviene diáfano que la misma no puede ser ilimitada, de ahí que un criterio razonable a fin de

establecer la dosis autorizada es el de la necesidad de la persona, monto que resulta compatible con la política criminal de cariz preventivo y rehabilitador, acorde con la protección de la salud de la persona.

Obviamente en todo caso la acción del sujeto debe ser compatible con el consumo de la sustancia y que éste sea únicamente en la modalidad de uso personal, sin que se convierta en un almacenamiento indiscriminado de cantidades o de momentos para uso repetitivo, connotaciones sin las cuales la conducta ha de ser penalizada.

Por tanto, la dosis personal que genera atipicidad de la conducta por la circunstancia de cantidad no es solamente la que determina el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, como hasta ahora se ha venido entendiendo por la jurisprudencia, sino también la que se demuestre en el proceso en un monto superior a esa regulación pero siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto que está siendo procesado dada su situación personal en el caso concreto, pues la presunción establecida por el legislador acerca de lo que se debe entender por dosis personal es legal y admite demostración en contrario.

Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal”.

En reciente jurisprudencia, traída a colación en reiteradas oportunidades por la defensa e incluso por el funcionario de primera instancia, la H. Corte Suprema de Justicia indicó que le corresponde a la fiscalía demostrar las circunstancias relativas al ánimo frente al porte de estupefacientes, es decir si la sustancia incautada estaba destinada a satisfacer la necesidad de consumo del portador o, por el contrario, tenía como fin su distribución a cualquier título.

Veamos que dijo el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria en este sentido:

“En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la

responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se

establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

(...)

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible”¹.

El criterio hasta aquí expuesto es conocido y aplicado por las partes y los jueces sin mayor dificultad.

4. Así las cosas, la dificultad se centra en el presente asunto en la naturaleza de la prueba de cargo, es decir, en determinar si esta resulta conducente, que no es otra cosa que aceptable desde la sistemática procesal vigente.

En esa dirección debe recordarse que el artículo 402 del C. de P.P. establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir”, en caso contrario se estará frente a prueba de referencia, que puede presentarse de acuerdo con varias posibilidades decantadas por la jurisprudencia en los siguientes términos:

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 44997 del 11 de julio de 2017. MP: Patricia Salazar Cuellar.

De acuerdo con los preceptos legales citados en precedencia, encuentra la Sala que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

(i) Se rinde por fuera del juicio oral.

(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a conainterrogar al testigo.

(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa

Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el conainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral² o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el conainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa.

...

Lo anterior porque las exposiciones rendidas por fuera del debate público y que versan sobre aspectos observados de manera directa y personal, no son los únicos eventos constitutivos de prueba de referencia, sino también, como quedó visto, las declaraciones en las cuales no se permite el contradictorio del adversario, así como cuando se ofrecen relatos de oídas.

Es claro que si la prueba no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación. De la misma manera, si en su recaudo no se permite la confrontación por la parte contra la cual se aduce, no se garantiza en ese caso el principio de contradicción. Y finalmente, si el testigo no declara sobre aspectos que le consten directamente, la declaración desatenderá la exigencia del conocimiento personal a que alude el artículo 402. De ahí que en cualquiera de esos casos dejará de tener el carácter de prueba directa para convertirse en prueba de referencia. Se trata, por tanto, de situaciones que en forma excluyente le hacen perder a la declaración su naturaleza jurídica para degradarle su valor probatorio.³(subrayado por la Sala)

El anterior concepto de prueba de referencia y sus varias manifestaciones se ha mantenido vigente hasta hoy⁴. Queda claro entonces que se está ante prueba de referencia no solo cuando se trae una declaración anterior al juicio, sino cuando se impide a la parte contra quien se esgrime, la posibilidad de conainterrogar a los testigos o estos se refieren a hechos no percibidos directamente o expresan manifestaciones de oídas.

No está demás mencionar que el tratamiento que se otorga a la prueba de referencia varía de un ordenamiento a otro. Los hay que la proscriben absolutamente, otros que la admiten en

² En este evento la prueba podrá adquirir el carácter de anticipada si se cumplen la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004.

³ C.S. de J. Sala de Casación Penal, sentencia del 20-08-2014, radicado SP 10986-2014 41.390 M.P. Eugenio Fernández Carlier

⁴ Cfr. Entre otros, auto del 30 de septiembre de 2015, radicado AP5785-2015, 46.153; auto del 28 de octubre de 2015, radicado AP6319-2015, 43.479; Sentencia del 28 de octubre de 2015, radicado SP 14844-2015, 44056, y más recientemente sentencia del 27 de junio de 2018, radicado SP2523-2018, 46.814 entre otras.

todos los casos y, como suele suceder cuando existen dos corrientes diametralmente opuestas en sus concepciones, existen los que las admiten en algunas hipótesis. Nuestro ordenamiento está matriculado en esta tercera corriente, donde se permite diferenciar entre la prueba de referencia admisible de la inadmisibles, pues a la primera se llega una vez superada satisfactoriamente la verificación de alguno de los presupuestos consagrados en el artículo 438 del C. de P.P.⁵, hasta tanto ese paso no se alcance, la prueba será inadmisibles.

5. La fiscalía arrimó al juicio como su único testigo a Marta Cecilia García Tobón, asistente de la fiscal del caso, también con funciones de policía judicial, quien fue clara en señalar que como acto de investigación obtuvo noticias criminales en contra del acusado, en número de 7, 6 de ellas por fabricación, porte y tráfico de estupefacientes, radicados dentro de los cuales solicitó y obtuvo las noticias criminales respectivas, en las que pudo advertir identidad con la que se juzga en este asunto respecto del lugar de la ciudad en que se produjo la captura, las sustancias incautadas en todas ellas, el que Sepúlveda Urrego se transportaba en una bicicleta, añadiendo que en dos de esos radicados los policiales procedieron en respuesta a noticia de la ciudadanía sobre venta de sustancias prohibidas por el capturado.

Examinada la situación en su real dimensión, debe manifestar la Sala que se está ante prueba de referencia inadmisibles. Veamos las razones de este aserto:

En primer término la declarante trajo a colación el hecho de la existencia de 7 radicados más en contra de Sepúlveda Urrego, este es el resultado de sus actos de investigación y es el único hecho sobre el cual puede decirse que le consta personalmente.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del contenido de las noticias criminales que corresponden a cada uno de los radicados descritos por la testigo, pues se trata de

⁵ ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

evidencias con carácter declarativo, esto es, declaraciones anteriores de las personas que suscriben esas noticias criminales, quienes, esos sí, presenciaron de manera directa los hechos en aquellas contenidos y narrados.

Más claro, y solo a título de ejemplo, es a quien suscribe la noticia criminal dentro del spoa 05160002062014 31348, de quien se desconoce su nombre pues la declarante no lo aportó, a quien le consta de manera personal y directa si la captura respondió al llamado de la comunidad, qué tipo de sustancia y qué cantidad de ella se halló en poder del capturado, donde pretendió ocultarla y en qué tipo de vehículo se desplazaba. Es indiscutible que el único contacto que tuvo la deponente con los hechos de que dio cuenta fue a través de los escritos contentivos de las referidas noticias criminales.

El contenido claro de prueba de referencia del testimonio rendido por Marta Cecilia García Tobón termina ratificándose ante la imposibilidad para el acusado de ejercer el derecho a la confrontación por parte del acusado, pues la declarante estaría en incapacidad de absolver cualquier interrogante acerca de las circunstancias de ocurrencia de los hechos plasmados en cada noticia criminal.

Sobre el ejercicio adecuado del derecho a la confrontación, baste con recordar que impone la prerrogativa del reo a estar cara a cara con los testigos de cargo, a contrainterrogarlos por sí o a través de su apoderado y a que se procure su comparecencia al juicio, es decir, a intervenir activamente en la creación de la prueba.

Finalmente, no cabe duda que la fiscalía dejó de demostrar la estructuración de alguna de las causales de que trata el artículo 438 citado atrás para entender como admisible la prueba de referencia, lo que impone concluir su carácter de inadmisibile.

Expresado en otros términos, la intención de la Fiscalía fue plausible, pero su ejecución se quedó a mitad de camino, pues debió arrimar al juicio a declarantes que hubiesen tenido contacto con los hechos que pretendía dar por demostrados, cometido para el cual la declaración de su asistente no alcanza a demostrar más allá de la existencia de anotaciones en contra del acusado, sin que pueda establecerse los hechos que los originaron o la suerte que corrieron.

6. Así las cosas, la actuación tiene por probados los hechos estipulados, estos son, la identidad del sentenciado, la naturaleza y cantidad de sustancia incautada, las circunstancias de la captura y la condición de consumidor del sentenciado, los que, haciendo abstracción del

contenido de la prueba de referencia y con base en decisiones de casación en casos de semejante jaez, resultan insuficientes por sí solos para soportar una decisión de condena.

Es que quedó establecido a través del resultado de una prueba de laboratorio que el acusado consume sustancias de la naturaleza de las que le fueron incautadas, ello sumado a que la cantidad y forma de disposición por sí solas, en criterio de la Corte, no resultan suficientes para construir una inferencia en contra del acusado en el sentido de calificar como típica la conducta, todo lo cual obliga a concluir de manera necesaria la revocatoria de la condena impuesta. La sala procederá de conformidad.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **REVOCA** la sentencia emitida por el Juzgado 10 Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 17 de agosto, y en su lugar, **ABSUELVE** a Juan Camilo Sepúlveda Urrego del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por la razones expuestas en precedencia.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO