



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, ocho de abril de dos mil veintiuno

Aprobado mediante acta número 0033 del veinticinco de marzo de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la delegada de la Fiscalía 179 Seccional, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 28 de febrero de 2020 por el Juez Veintiséis Penal del Circuito de esta ciudad mediante el cual absolvió al acusado VÍCTOR JULIO PANCHE BAENA, quien había sido vinculado a la actuación por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de vender y llevar consigo.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"El día 17 de abril de 2018, entre las 8.27 y 9.01 horas aproximadamente, en vía pública, carrera 51 con calle 56, barrio Estación Villa de Medellín, el señor VICTOR JULIO PANCHE BAENA permanece caminando en el lugar ya indicado y para a las 8.36 y 8.51 y vende droga sintética. En requisa le hallaron droga psicotrópica con un peso neto de 1.4 gramos, DOSIFICADA EN 9 PASTILLAS DE RIVOTRIL, que llevaba en el bolsillo derecho delantero del pantalón. La policía llega porque fueron avisados por el operador de monitoreo de cámaras que este ciudadano estaba expendiendo alucinógenos."

En diligencias preliminares realizadas el 18 de abril de 2018 ante el Juez Dieciocho Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscal 293 Local le formuló imputación al señor VÍCTOR JULIO PANCHE BAENA por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbos rectores vender y llevar consigo, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia se le impusieron las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad consagradas en los numerales 3, 4 y 6 del literal B del artículo 307 del código de procedimiento penal.

El 10 de julio de esa misma anualidad se radicó escrito de acusación y la formulación oral se llevó a cabo el 03 de septiembre siguiente ante el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín. La audiencia preparatoria se celebró el 25 de septiembre

posterior y el juicio oral fue evacuado en nueve sesiones desarrolladas entre los días 18 de marzo de 2019 y 28 de febrero de 2020, diligencia última en la que se anunció el sentido del fallo absolutorio y se dio lectura a la sentencia que es motivo de apelación.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El sentenciador afirma que en este evento la delegada de la Fiscalía desatendió el contenido del artículo 115 del código de procedimiento penal, referente al principio de objetividad, por cuanto desde los albores del debate procesal se evidencia una acusación alternativa al atribuirle al señor PANCHE BAENA la autoría del delito descrito en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 bajo los verbos rectores portar y vender, pues dicha calificación jurídica la hizo en contraposición a los elementos materiales probatorios con los que contaba, por lo menos en lo que a la actividad comercializadora se refiere, y sin hacer una verificación de la información que le permitiera llegar al estándar de conocimiento con probabilidad de verdad para presentar formal acusación.

Sostiene que los patrulleros POLO ALZATE y ESCALANTE GONZÁLEZ, testigos de cargos, al unísono explicaron que estando en sus labores de vigilancia observaron a un joven, a quien le hacen un registro hallándole en el bolsillo derecho de su pantalón 9 pastillas de *rivotril*, y que por ese motivo lo capturaron y trasladaron a la URI para su judicialización, y que es con posterioridad a la aprehensión que dichos policiales recibieron información de la central de monitoreo del 123 de que el capturado estaba vendiendo sustancias alucinógenas, lo que quiere decir que

ello se trató de un hecho ajeno a la razón por la cual el señor VÍCTOR JULIO fue conducido a las instalaciones de la Fiscalía.

Añade el juzgador que se debe partir del hecho jurídicamente relevante de que la captura en flagrancia del señor PANCHE BAENA fue por habersele encontrado en uno de los bolsillos de su pantalón sustancia estupefaciente, por lo que resulta improcedente e inapropiado que se involucren hechos que nada tienen que ver con la génesis de este proceso, pues se trata de circunstancias temporo-espaciales disímiles.

Lo aseverado en la acusación respecto a que los patrulleros, antes de realizar el procedimiento de registro corporal, obtuvieron la presunta información de venta de estupefacientes y que ello fue lo que motivó el requerimiento al ciudadano no es cierto porque en realidad primero se dio la captura y posteriormente fueron informados por los agentes que operan la plataforma 123 de la supuesta venta de la sustancia incautada.

Continúa el a quo razonando que aquí se eligió acusar bajo dos expresiones lingüísticas disímiles e incompatibles en tanto que, o se está portando o se está vendiendo, y que para esta última acción se requiere que el hecho generador de la captura sea la transacción comercial -transferencia de una cosa a cambio de una contraprestación económica-, presupuesto que se muestra alejado de la realidad y por eso la venta que se le imputa al procesado carece de sustento fáctico válido, además de que se atenta contra la garantía del debido proceso al pretender aprovechar un sorprendimiento en flagrancia por porte de estupefacientes, para de ahí pasar a agregarle una conducta presuntamente de venta.

La anterior afirmación la sustenta resaltando que si bien en los videos que se presentaron en el juicio oral se aprecia un intercambio de productos, no se puede afirmar sin vacilación alguna que se tratara de un canje de estupefacientes, máxime cuando el testigo JAIMES ENCISO, operador del 1-2-3 y quien se hallaba manejando las cámaras de video del sector para el momento de los hechos, fue enfático en decir que presume que se hacía un intercambio pero en ningún momento de su declaración asegura que se tratase de alcaloides pues tan solo habla de "elementos".

Adicionalmente, dicho deponente también indicó que no vio cuando la policía se retiró del lugar con el capturado y que hacen falta como cinco minutos de registro fílmico, situación que permite especular sobre una posible manipulación del video, sumado a la falencia en la cadena de custodia.

Sobre este tópico concluye el Juez Veintiséis Penal del Circuito de esta ciudad aseverando que desde cualquier óptica el cargo de venta de estupefacientes no está llamado a prosperar, bien porque el encuadramiento del hecho a la norma no tiene sustento fáctico que lo relacione con la génesis de lo ocurrido en la captura del señor VÍCTOR JULIO PANCHE BAENA, y por el hecho mismo de que esa comercialización está zanjada en meras figuraciones, como la que hizo el funcionario de la Policía Nacional Jimmy Alberto que "*presume que estaban haciendo un intercambio de elementos*", lo que deja sin sustento cualquier razonamiento del delito tipificado en el artículo 376 del código penal bajo el verbo rector vender.

Ahora, frente al porte de estupefacientes, argumenta el a quo que como bien lo tiene decantado la jurisprudencia nacional, esa conducta debe tener un agregado subjetivo tácito atinente al propósito del sujeto agente, de manera que la Fiscalía debe acreditar la verdadera intención que se persigue con llevar la sustancia prohibida, reduciéndose el contenido del injusto penal a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio.

Anota que aplicando dicho concepto jurisprudencial al punto de controversia aquí analizado, resulta palmario el hecho de que la Fiscalía no logró demostrar, como era su obligación, que los 1.4 gramos de anfetaminas que le encontraron al señor VÍCTOR JULIO PANCHE BAENA tuvieron la finalidad de ser comercializados, y reitera que no puede el ente acusador acuñar un elemento fáctico distinto al que se presentó en el momento de la captura en flagrancia, para aducir el ingrediente subjetivo distinto al dolo con miras de hacer ver una real afectación al bien jurídico tutelado de la salud pública.

Concluye el sentenciador de primera instancia que, en ese orden de ideas, el comportamiento endilgado al señor PANCHE BAENA de cara a la sustancia que llevaba consigo deviene atípico, lo que lleva a concluir que no se cumple con el primer presupuesto reclamado por el artículo 381 de la ley procesal penal.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.

La delegada de la Fiscalía cuestiona la decisión de primera instancia aduciendo que la calificación de la conducta

punible se realizó en derecho, luego de conocer y valorar debidamente los elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y evidencia física dejada a disposición con el informe de captura en flagrancia, aclarando que el video obtenido a través de las labores de policía judicial da cuenta del intercambio de elementos muy pequeños que tenía el acusado con múltiples ciudadanos que se le acercaban en un sector reconocido por la venta y tráfico de estupefacientes, actividad realizada momentos antes de que fuese sorprendido en poder de varias pastillas de *rivotril clonazepam*, y que, luego de la aprehensión, los servidores públicos que llevaron a cabo el procedimiento de captura en flagrancia fueron informados de la venta de opioides que estaba desarrollando el implicado.

Aduce que de conformidad con lo anterior se observa objetivamente la inferencia razonable de autoría y participación, así como la comisión de los hechos delictivos, pero que el juez de conocimiento lo que hizo fue escindir los hechos, separar la solución de continuidad de la conducta y desconocer que el delito de tráfico de estupefacientes es de ejecución permanente mientras se tenga la sustancia ilícita, destacando que con el video proyectado e ingresado al juicio sí quedó demostrada la finalidad del porte de las sustancias que tenía en su poder el procesado.

Es enfática la recurrente en manifestar que con el aludido video quedó probada la finalidad lesiva del bien jurídico tutelado con la que el procesado ejecutó la conducta punible, propósito que fue esclarecido una vez se produjo su captura pues en la grabación se observan dos negociaciones con conteo de dinero, búsqueda de mercancía y entrega de la misma, y que si no hubiese sido por esta prueba necesariamente el implicado habría tenido que

quedar en libertad ya que los 1.4 gramos de anfetaminas que portaba cuando fue aprehendido no supera la cantidad que está permitida en la legislación colombiana.

Expone que cumplió con la carga procesal compleja impuesta por la Corte Suprema de Justicia según la cual la Fiscalía debe demostrar el ánimo del porte de estupefacientes, y que, además, es claro que frente al tipo penal de estupefacientes pueden válidamente concurrir dos verbos rectores de los varios que consagra la norma, argumento que sustentó poniendo como ejemplo el concurso de conductas punibles que se presenta cuando una persona es capturada en flagrancia por el porte de un arma de fuego y con posterioridad se logra establecer, por medio de cualquier medio de prueba legal, que con dicho elemento bélico había cometido un homicidio, considerando así que en este sentido la providencia impugnada resulta desenfocada no solo en el análisis sobre las funciones que debe cumplir el ente acusador, sino también en la apreciación y valoración probatoria.

Agrega que el juzgador desconoce que el testigo JIMY JAIME, operador de la cámara de vigilancia, manifestó en el juicio que vio los intercambios y la captura del señor PANCHE BAENA, y que al video proyectado le faltaban unos cinco minutos de grabación porque la aprehensión del acusado sí quedó registrada, y que fue por ello que aquel le informó a los agentes de la policía que la persona a la que habían acabado de capturar estaba vendiendo estupefacientes, tal y como quedó consignado en el informe policial.

Indica que, aunque en el multicitado video no se evidencia de manera clara qué es lo que él transmite en los

intercambios con personas que se van y no regresan, se concluye que les hizo entrega de dineros porque se le ve contar efectivo y no le fue encontrado ningún billete al momento de la captura. Además, resalta que el señor VÍCTOR JULIO no estaba consumiendo estupefacientes y que le fue hallada la sustancia estupefaciente en el bolsillo derecho de su pantalón, lugar de donde guarda y saca pequeños elementos según la observación de la grabación incorporada al juicio.

Finalmente, la censora afirma que resulta infundada la afirmación realizada por el a quo cuando anunció que la Fiscalía realizó la calificación jurídica en este evento contrariando los elementos materiales probatorios con los que contaba, pues, por el contrario, es el juzgador el que desconoce el valor suasorio del video incorporado como prueba de cargos pretextando que se están involucrando hechos que nada tienen que ver con la génesis de este proceso por *“tratarse de circunstancias temporo-espaciales disimiles”*, pues desecha el lugar y la hora de la captura, la presencia del capturado en el sitio, la actividad de este y el hallazgo, así como también evade el análisis de los testimonios del ente acusador y de todas las pruebas en conjunto, tal y como es su obligación legal.

De conformidad con lo anterior, la recurrente deprecó la revocatoria de la sentencia impugnada para que en su lugar se proceda a condenar al señor VÍCTOR JULIO PANCHE BAENA, pues no puede el juez hacer interpretaciones que no le están permitidas, alejándose incluso de la legalidad y omitiendo el análisis y consideración de las obligaciones establecidas en la ley a la Fiscalía General de la Nación y de las pruebas allegadas al juicio.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Veintiséis Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia, sólo se examinará el único punto del disenso y es el relacionado con la apreciación probatoria realizada por el sentenciador y los temas inescindiblemente ligados al mismo.

La controversia gira en torno a la apreciación probatoria de los medios de conocimiento introducidos al juicio oral por la Fiscalía. Para la judicatura de primera instancia el ente acusador no aportó los suficientes para demostrar la conducta punible y la responsabilidad del acusado. La modalidad de portar porque la cantidad de estupefaciente es mínima (9 pastillas de *rivotril* con un peso de 1.4 gramos, lo que no desborda la cantidad permitida); y la venta porque el vídeo tomado por las cámaras de seguridad del 123 de la Policía Nacional no es suficiente para inferir que efectivamente el inculcado estaba vendiendo alucinógenos, destacando que los testigos policiales que las operaban no están seguros de que lo que éste intercambiaba con algunas personas fuera efectivamente sustancias ilícitas.

Para la Fiscalía recurrente, el sentenciador malinterpretó los medios de convicción, desconociendo la contundencia demostrativa de los registros fílmicos y los testimonios de los policiales captadores, sin que sea relevante si éstos fueron

informados antes o después de la captura sobre las supuestas actividades de comercialización que desarrollaba el acusado.

Para resolver la controversia en punto de la modalidad de *llevar consigo* (portar) por la que fue acusado el señor PANCHE BAENA, examinemos primero la naturaleza de la sustancia que le fue incautada (9 pastillas del fármaco *rivotril* -nombre comercial- con un peso de 1.4 gramos).

Este, conocido como *Clonazepam*, pertenece al grupo de las *benzodiazepinas* que actúan sobre el sistema nervioso central, con propiedades ansiolíticas, anticonvulsionantes, relajantes de los tejidos musculares, sedantes e hipnóticos, también estabilizan el estado de ánimo de las personas, según literatura médica indicada por Wikipedia.

Esta sustancia es un medicamento controlado, por lo que su venta no es libre en las farmacias y droguerías; requiere una formulación especial del médico tratante (artículos 61 y 62 de la resolución 826 del 10 de abril de 2003 del Ministerio de la Protección Social) no obstante, el acceso a la misma es bastante laxo, según nos ha mostrado la experiencia.

Ahora bien, siendo el *rivotril* una sustancia estupefaciente (que introducido a un organismo vivo genera efectos neuropsicofisiológicos, según la literatura médica), su porte sin el cumplimiento de los requisitos legales (la fórmula médica con las especificaciones descritas en la Resolución 826 de 2003) configura una conducta punible, que fue el supuesto tenido en cuenta por la

Fiscalía en este caso concreto tanto en la imputación como en la acusación.

Sin embargo, para obtener una certeza plena de la materialidad de la infracción, resulta menester que la Fiscalía aporte al juicio oral contundentes medios de convicción que le permitan al juzgador la certeza de que quien la porta no cuenta con la autorización médica (la fórmula específica) para hacerlo. No puede olvidarse que esas autorizaciones deben inscribirse en la Unidad Administrativa Especial -Fondo Nacional de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social- según lo dispone la Resolución 826 de 2003, de tal manera que debió la Fiscalía indagar en este establecimiento para obtener información sobre la existencia o no de dicha autorización, si pretendía demostrar que el porte era ilegal.

Pero, en este sentido, no se aportó ningún medio de convicción que le permitiera a la judicatura tener la certeza de la materialidad de la infracción, simplemente afirmó en el disenso ante el estrado judicial, que pudo inferir razonablemente que el porte era ilegal, lo que claramente resulta insuficiente para proferir el juicio de reproche que reclama el censor. Al respecto, concluimos que estamos frente a una duda que no puede despejarse y que debe resolverse a favor del procesado.

Debe aclararse sí que no es de recibo el argumento del sentenciador de primer nivel de que la exigua cantidad de la sustancia le permitía su porte porque no sobrepasa la cantidad permitida por la ley, pues el ordenamiento patrio no ha fijado para esta clase de sustancias (clonazepam, en este caso con el nombre comercial de rivotril) una cantidad determinada para el libre

consumo de los pacientes, como sucede con las listadas en el literal j) del artículo 2o de la Ley 30 de 1986. En el caso del clonazepam, es el médico tratante quien dosifica su consumo y debe especificarlo en la fórmula que emite, de tal manera que estamos frente a una dosis médica y no legal como erradamente lo indicó el a-quo.

El otro cargo que cuestiona el disenso y que también fue objeto de acusación, es la venta de las pastillas del estupefaciente que le fue hallado al procesado (9 unidades de *Rivotril*). Para la Sala este otro cargo también presenta dudas que no fueron despejadas. Veamos: De los testimonios de los policiales que llevó la Fiscalía al juicio, claramente se concluye, y en esto le asiste razón al Juez de primer nivel, que el ente acusador presentó una visión sesgada de lo acontecido, pues indicó que los agentes policiales que operan las cámaras del 123 observaron al acusado vendiendo el estupefaciente y por eso informaron a los patrulleros del sector para que le dieran captura, como enlazando las dos situaciones para darle cuerpo a la captura en flagrancia, cuando en realidad la aprehensión del señor PANCHE BAENA ocurrió primero, al ser requisado por los policiales del cuadrante espontáneamente (los patrulleros POLO ALZATE y ESCALANTE GONZÁLEZ), y fue posterior a la captura que se comunicaron con sus colegas del 123.

Pero en realidad esto no es tan relevante para sacar conclusiones concretas, lo que genera dudas es la narrativa testimonial del operador de las cámaras JAIMES ENCISO, quien presentó un relato un tanto dudoso porque afirmó que presume que el procesado estaba vendiendo estupefacientes porque lo observó acercarse a varias personas e intercambiar elementos sin que supiera de qué se trataba, simplemente su actitud le generó sospechas de que pudiera estar vendiendo alguna sustancia

prohibida y añadió que no vio a los policías captadores cuando realizaron el procedimiento y, afirma que advirtió que faltan 5 minutos del registro fílmico sin que pueda explicar qué pasó.

Esta situación despreocupada e informal del operador de las cámaras del 123, aunado a las fuertes deficiencias que advirtió la judicatura de primer nivel en punto de la cadena de custodia, le generaron las dudas que la Sala comparte, pues no se puede afirmar con certeza que efectivamente VICTOR JULIO PANCHE BAENA hubiera sido sorprendido vendiendo pastillas de *Rivotril* y tampoco que incurrió en la modalidad delictiva de llevar consigo (portar) de manera ilegal dicha sustancia, pues poco o nada hizo la Fiscalía por demostrarlo.

No puede olvidarse que la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que es carga de la Fiscalía probar que el estupefaciente que porta una persona está destinado a su comercialización. En este caso concreto, esa demostración no fue concretada por la representación del ente fiscal, dejando el tema en la incertidumbre y ello amerita la decisión absolutoria que tomó la primera instancia.

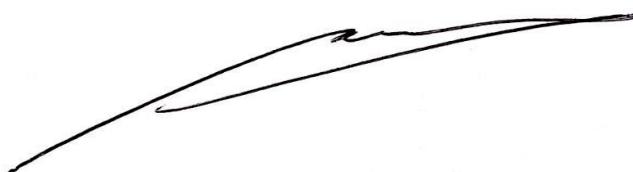
Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR el fallo de naturaleza y origen conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado