El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO / VALORACION PROBATORIA / INADMISIÓN DE DECLARACIONES ANÓNIMAS / INDICIOS DE MALA JUSTIFICACIÓN / USO DE MENORES EN LA COMISIÒN DE DELITOS / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ABSOLUCIÓN.**

… respecto del valor probatorio que ameritan las declaraciones de informantes anónimos que no han comparecido al juicio a rendir testimonio, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte ha dicho en los siguientes términos:

“De manera, pues, que las declaraciones anónimas resultan inadmisibles como prueba y sólo sirven a manera de criterio orientador por el órgano investigativo para sus labores de averiguación, cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan verificar su contenido. Es que, como lo ha concluido de igual forma la Corte, ese tipo de fuente de información ni siquiera ostenta la capacidad para constituir prueba de referencia, pues ésta debe provenir de personas conocidas o determinadas…”

Ese tipo de comportamientos pueden estructurar lo que se ha conocido como el indicio de mala justificación, el que, se reitera:

“Consiste en la explicación dada por el sindicado que no se ajusta a la realidad, porque el sujeto falta a la verdad o por falta de verosimilitud.

“Es hecho ordinario y fundamento de la inferencia, el de que quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta…”

A modo de síntesis, contrario a lo que se dijo en el fallo confutado, la Sala es de la opinión consistente en que el proceso existían unas pruebas de naturaleza indirecta, que fueron preteridas por el Juzgado de primer nivel al momento de apreciar el acervo probatorio, las que satisfacían las exigencias requeridas por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para que en contra del procesado WAOR se pudiera proferir una sentencia de carácter condenatoria…

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la decisión del Juzgado A quo de absolver al procesado WAOR de los cargos enrostrados en su contra por el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos, la Sala de manera mayoritaria es de la opinión consistente en que el fallo confutado debe permanecer incólume a fin de evitar una vulneración del principio de la congruencia por cuanto la Fiscalía en los hechos jurídicamente relevantes consagrados en la acusación en momento alguno supo ofrecer una explicación razonable o plausible del porque el acusado con su comportamiento pudo haber incurrido en la presunta comisión del punible de uso de menores de edad en la comisión de delitos…

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

En lo que radica mi disenso, es en la confirmación que hace el Tribunal de la absolución que se profirió a favor del mismo procesado por parte de la primera instancia, con respecto al punible concursante de uso de menores en la comisión de delitos…

En mi criterio, el contenido del escrito de acusación conjuntamente con lo realizado en la audiencia de formulación de acusación, suple las exigencias tanto normativas como jurisprudenciales para generar una adecuada congruencia; es decir, que no veo por parte alguna que aquí se dé una deficiencia en la formulación del cargo, o, dicho de otro modo, no veo qué se dejó de expresar, qué más era lo que se tenía que decir para que por parte del procesado y la defensa se entendiera adecuadamente la presentación de los cargos que se le atribuían.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, dieciocho (18) de junio del dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 467

Hora: 3:00 p.m.

Procesado: WAOR

Delito: Tráfico de estupefacientes y uso de menores de edad en la comisión de delitos

Rad. # 66-170-60-00066-2.018-01040-01

Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria

Tema: Yerros en la apreciación del acervo probatorio; Prueba de referencia frente a los dichos del informante que no declaró en el proceso. Indicios

Decisión: Revoca parcialmente la sentencia opugnada y declara la responsabilidad criminal del procesado por el reato de tráfico de estupefacientes

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del 21 de agosto de 2.019 dentro del proceso que se surtió en contra del ciudadano **WAOR**, quien fue acusado por parte de la Fiscalía General de la Nación de incurrir en la presunta comisión de los delitos de tráfico de estupefacientes y uso de menores de edad en la comisión de delitos.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con la información consignada en el escrito de acusación, los hechos jurídicamente relevantes tienen que ver con el hallazgo de unos alijos de una sustancia estupefaciente encontrada por investigadores de la Policía Judicial en el devenir de una diligencia de allanamiento y registro realizada a eso de las 09:20 horas del día 8 de junio de 2.018 en un inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio *“Pedregales”* del municipio de Dosquebradas.

Según se desprende de los medios de conocimiento allegados al proceso, se tiene que una fuente anónima puso en conocimiento de los detectives de la Policía Judicial que el inmueble antes referenciado era utilizado por un par de sujetos, conocidos con los remoquetes de *(A) “Machete”* y *(A) “Stuart”,* como sitio de acopio y de almacenamiento de sustancias estupefacientes, las cuales posteriormente eran vendidas o distribuidas en el municipio de Dosquebradas.

Después de verificar la información suministrada por el chivato, los investigadores consiguieron que la Fiscalía librará una orden de allanamiento y registro, diligencia que fue atendida por el señor WAOR, quien se encontraba en el inmueble allanado en compañía de los Sres. ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, los que para ese entonces ostentaban la condición de menores de edad[[1]](#footnote-1). Durante el devenir de la diligencia, se halló: a) En la Sala, encima de una mesa, a simple vista, 251 bolsas plásticas transparentes resellables que contenían una sustancia vegetal que arrojó un peso neto de 1.875,5 gramos; b) En la cocina, 9 paquetes, los que a su vez contenían 100 bolsas plásticas transparentes resellables, una gramera de color blanco y 4 cajas las que cada una contenían 50 unidades de papel *blunt* para fumar; c) En el patio, 10 paquetes prensados que contenían una sustancia vegetal que arrojó un peso de 9.600 gramos.

Como consecuencia de tales hallazgos, los miembros de la Policía Judicial procedieron con el inmediato arresto del ciudadano WAOR, así como de los entonces menores de edad ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, quienes también se encontraban en el sitio allanado, los que luego, para su judicialización, fueron puestos tanto a disposición del Juzgado Penal Municipal con funciones de Control de Garantías que se encontraba en turno de disponibilidad, así como de las autoridades penales de Infancia y Adolescencia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la sustancia vegetal incautada, al ser sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), la misma resultó ser positiva para marihuana o cannabis y sus derivados, arrojando un peso neto de 11.497,5 gramos, que sería lo mismo que 11,4975 Kg.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 9 de junio de 2.018 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con Funciones de Control de Garantías, en las cuales se le impartió legalidad tanto a la orden, como a la diligencia de allanamiento y registro. De igual forma se declaró la legalidad de los bienes incautados como la legalidad de la captura del ciudadano WAOR, a quien se le imputaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, en concurso con el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos. En esas vistas públicas, al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, adicionada con el uso de un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. El libelo acusatorio data del 16 de julio de 2.018, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación en las calendas del 21 de agosto de 2.018, diligencia en la que la Fiscalía reiteró los cargos endilgados en contra del procesado WAOR por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, (Inciso 1º del artículo 376 C.P), en concurso con el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos (Artículo 188D C.P.).
3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 9 de noviembre de 2.018, mientras que la audiencia de juicio oral fue celebrada en las siguientes sesiones: el 31 de febrero de 2.019; el 17 y el 30 de julio de 2.019. Posteriormente el 21 de agosto de 2.019 se anunció el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter absolutorio, y luego en esas mismas calendas se dictó la correspondiente sentencia absolutoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Fiscalía.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como se anunció anteriormente, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del 21 de agosto de 2.019, mediante la cual se absolvió al procesado WAOR de los cargos endilgados en su contra, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos de tráfico de estupefacientes y uso de menores de edad en la comisión de delitos.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder absolver al procesado WAOR de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, se concretaron en establecer que la Fiscalía con las pruebas que llevó al juicio no logró demostrar, más allá de cualquier duda razonable, el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado, por las siguientes razones:

* En la actuación estaba demostrada la materialidad de la conducta punible, las que tenían que ver con el hallazgo, en el devenir de una diligencia de allanamiento y registro, de 11.497,5 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, lo que a su vez condujo a la captura del procesado WAOR.
* La Fiscalía llevó como único testigo al juicio al policial MAICOL YESID RAMOS, quien narró todos los pormenores que precedieron a la diligencia de allanamiento y registro, así como de lo que sucedió en esa diligencia luego que se librara la correspondiente orden. Pero con dicha prueba el Ente Acusador en momento alguno logró demostrar que las características físicas que el informante le suministró sobre las personas responsables del almacenamiento de los estupefacientes encontrados en el inmueble allanado coincidían con las del procesado WAOR, respecto de lo cual no existe certeza de ningún tipo.
* La Defensa con las pruebas que allegó al juicio, entre ellas los testimonios de MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, logro justificar la presencia del Procesado en el sitio de los hechos, lo que se debía a que el acusado, en compañía de una *“amiga”*, en este caso la Sra. ALEJANDRA SALAZAR, por su condición de consumidores de cannabis, decidieron ir a ese lugar con el propósito de comprar estupefacientes, y en el preciso momento en el que se encontraban en esas actividades fue que se aparecieron los policiales para hacer efectiva la orden de allanamiento y registro.

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la Fiscalía en el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo confutado, radica en proponer la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel no apreció en debida forma las pruebas allegadas al proceso, con las cuales, en sentir de la recurrente, el Ente Acusador sí logró derrumbar la presunción de inocencia que le asistía al acusado, y por ende era procedente que en su contra se dictara un fallo condenatorio, acorde con los delitos por los cuales el procesado WAOR fue llamado a juicio.

En ese sentido, y para sustentar el recurso de alzada, la Fiscal recurrente invocó los siguientes argumentos:

* La Fiscalía en el juicio demostró que con base en una información suministrada por una fuente no formal, se tuvo conocimiento que un inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio *“Pedregales”* era utilizada como sitio para la conservación de sustancias psicotrópicas, y que en esa actividad ilícita se encontraban implicados un par de personajes conocidos como *(A) “Machete”* y *(A) “Stuart”*.
* En el proceso está demostrado que como consecuencia de una diligencia de allanamiento y registro practicada al interior del inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio *“Pedregales”*, se logró la captura del procesado WAOR, debido a que en ese sitio se encontraron 11.497,5 gramos de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, así como elementos utilizados para la distribución de dicha sustancia estupefaciente.
* Las características físicas suministradas por el informante de las personas encargadas de conservar los estupefacientes, coincidían con las de las personas capturadas en el devenir de la diligencia de allanamiento y registro porque: a) El informante dijo que *(A) “Stuart”* era un sujeto de 18 a 20 años, de tez blanca y de 1,70 de estatura, lo que coincide con la fisionomía del entonces menor ANDRÉS FELIPE MUÑOZ, b) Según el informante, el sujeto conocido como *(A) “Machete”* es de tez trigueña, de cabellos negros y de unos 35 años de edad, lo que coincide con la fisionomía del procesado WAOR.

De igual manera adujo la recurrente que el Juzgado de primer nivel se equivocó al concederle credibilidad a los testigos de la Defensa porque esos testigos dijeron versiones hábilmente acomodadas de manera conveniente para favorecer al acusado y así, además de pretender demostrar su supuesta condición de consumidor de marihuana, se procuró poner en escena a un personaje que se consignó en uno de los informes de policía judicial como el supuesto responsable del alijo de los estupefacientes incautados, el cual se trataba de un fulano mayor de edad, de cabellos entrecanos, a quienes los vecinos del sector adujeron haber visto sacando unos bolsas plásticas del inmueble, las que se las entregaba a otras personas.

Según la recurrente, las razones por las que el Juzgado de primer nivel se equivocó al otorgarle credibilidad a los testigos de la Defensa son las siguientes:

* El testigo MARIO ARANGO PINEDA, arrendador del inmueble allanado, se debe considerar como parcializado en favor del Procesado, porque resulta poco veraz lo que dijo sobre ese viejito entrecano al cual le arrendó la casa, de quien no tiene ninguna referencia ni conserva el más mínimo dato.
* El testimonio absuelto por ALEJANDRA SALAZAR MURILLO no resultó ser imparcial porque a leguas se nota que de manera acomodaticia está recitando una lección previamente aprendida con el propósito de favorecer al acusado.
* No se le debió creer al testigo ANDRÉS FELIPE MUÑOZ, porque como Él lo admitió fue sancionado por las autoridades judiciales de infancia y adolescencia, y por ende no tenía nada que perder cuando sin mayores recatos declaró para favorecer al procesado.

Con base en los anteriores argumentos, la apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y en consecuencia se declare la responsabilidad criminal del procesado WAOR acorde con los cargos endilgados en su contra.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia de primera instancia, proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

Debe agregarse que no se avizoran máculas que, de alguna forma, hubieran podido generar una irregularidad sustancial que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos de disenso propuestos por la recurrente en la alzada, nos encontramos ante el siguiente problema jurídico a resolver:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros en la apreciación del acervo probatorio, por cuanto con las pruebas aducidas al juicio por parte del Ente Acusador se lograron reunir los presupuestos exigidos por el artículo 381 del C. de P.P. para poder proferir una sentencia de carácter condenatorio en contra del señor WAOR?

**- Solución:**

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por la recurrente en la alzada, la Sala en un principio tendrá como hechos ciertos e indiscutibles, por estar plenamente acreditados con las pruebas allegadas al proceso, las que algunas de ellas fueron objeto de estipulaciones probatorias, los siguientes:

* La celebración de una diligencia de allanamiento y registro en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio “Pedregales” del municipio de Dosquebradas, que arrojó como resultado el hallazgo de 11,5 Kg de una sustancia vegetal que luego de ser sometida a la PIPH, resultó ser positiva para marihuana o cannabis. De igual manera en dicha diligencia también se incautaron 9 paquetes, los que a su vez contenían 100 bolsas plásticas transparentes resellables; una gramera de color blanco y 4 cajas las que cada una contenían 50 unidades de papel *blunt* utilizado para liar cigarros.
* Los motivos fundados que dieron lugar para que la Fiscalía librara la orden de allanamiento y registro, tuvieron su génesis en una información que un confidente le suministró a los investigadores de la Policía Judicial, en el sentido consistente en que el aludido inmueble era utilizado por unos fulanos apodados como *(A) “Machete”*, tez trigueña, de cabellos negros y de unos 35 años de edad,y *(A) “Stuart”*, de 18 a 20 años, tez blanca y de 1,70 de estatura,como sitio de acopio de las sustancias estupefacientes que posteriormente eran comercializadas en el municipio de Dosquebradas.
* La identidad del sicofante se mantuvo en el anonimato, y por ende se desconoce de su real existencia, por cuanto en momento alguno fue convocado por el Ente Acusador para que compareciera al juicio a declarar en calidad de testigo, y la información que ese misterioso sujeto le brindó a la Policía Judicial fue allegada al juicio gracias al testimonio absuelto por el policial MAICOL RAMOS LÓPEZ.
* La captura en flagrancia del ahora procesado WAOR por efectivos de la Policía Judicial, la que tuvo lugar porque se encontraba en el interior del inmueble en el que se practicó la diligencia de allanamiento y registro, en el cual, como se sabe se encontró un alijo de marihuana que arrojó un peso neto de 11.497,5 gramos. De igual manera, la Sala no puede ignorar que en ese sitio también fueron capturados los entonces menores de edad ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, quienes fueron puestos a disposición de las autoridades penales de Infancia y Adolescencia.

Estando claro lo anterior, el tema de la controversia gira en torno a la presencia del procesado WAOR en el sitio de los hechos y el eventual juicio de responsabilidad que se pregonaría en su contra, porque, acorde con lo consignado en el fallo confutado, con las pruebas de descargó se logró justificar la presencia del acusado en dicho lugar al cual fue en compañía de su *“amiga”* ALEJANDRA SALAZAR MURILLOpara comprar una dosis de marihuana y así satisfacer los antojos cannabicos de ALEJANDRA SALAZAR; sumado a que las pruebas que la Fiscalía allegó al proceso no lograron demostrar que el Procesado haya sido la persona que arrendó el inmueble en donde se encontraron las sustancias estupefacientes incautadas, ni que sea alguno de los personajes señalados por el informante que se encontraban implicados en la comisión del reato de tráfico de estupefacientes.

Lo anterior fue refutado por la Fiscalía en la alzada, quien adujo que con las pruebas allegadas al proceso, entre ellas el testimonio del policial MAICOL RAMOS LÓPEZ, pudo demostrar que el procesado WAOR era el personaje señalado por el informante con el alias de *“Machete”*. A lo que se le debía aunar que no se le debía conceder credibilidad a los testigos de la Defensa, porque se trataba de unas personas que acudieron al proceso en calidad de testigos con el protervo y descarado propósito de querer favorecer al Procesado.

Frente a la anterior controversia, la Sala desde ya dirá que le asiste parcialmente la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la Fiscalía en lo que atañe con la denuncia de los yerros en los que incurrió en Juzgado de primer nivel cuando al momento de apreciar el acervo probatorio decidió otorgarle absoluta credibilidad a los testimonios depuestos por MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, por cuanto, como bien lo reclamó la apelante, se estaba en presencia de unos testigos de dudosa credibilidad ante lo parcializado de sus deposiciones.

De igual manera, la Sala no puede desconocer que el Juzgado de primer nivel sí estuvo atinado cuando al valorar las pruebas adujo que con el testimonio absuelto por el policial MAICOL YESID RAMOS la Fiscalía no logró demostrar que el procesado WAOR era el mismo sujeto a quien el sicofante señaló como el fulano que respondía por el remoquete de *(A) “Machete”,* el que como todos sabemos, según el decir del informante, era el principal implicado en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes que se perpetraba al interior del inmueble posteriormente allanado.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se torna necesario que se tenga en cuenta lo siguiente:

* De un análisis del testimonio rendido por el policial MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, se extrae que el deponente en el juicio expuso que un sicofante le suministró una información, la que consistía en que un inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio *“Pedregales”* del municipio de Dosquebradas, era utilizado por dos personajes, conocidos por los remoquetes de *(A) “Machete”* y *(A) “Stuart”,* como centro de acopio y de distribución de las sustancias estupefacientes que posteriormente se comercializaban en el municipio de Dosquebradas. Ante tal situación, el testigo adujo que llevó a cabo las pesquisas del caso, en las que gracias a las labores de vecindario pudo corroborar la información suministrada por el confidente. De igual manera, en dichas labores de vecindario, el testigo expuso que varios vecinos del sector le comentaron de la presencia de un adulto mayor, de cabellos entrecanos, a quien veían sacar de ese inmueble unas bolsas de plásticos para entregárselas a otras personas.

Después de corroborar la información suministrada por el sicofante, el deponente adujo que acudió a la Fiscalía con la finalidad que libraran una orden de allanamiento y registro, y que luego de obtener la orden, en compañía de otros policiales, procedieron a llevar a cabo la diligencia de allanamiento y registro en la que además de encontrar una considerable cantidad de marihuana y de otros implementos, también se logró la captura del ahora procesado WAOR, quien se encontraba en el inmueble allanado en compañía de dos menores de edad.

Del contenido del testimonio rendido por el policial MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, observa la Sala que se está en presencia de un testigo hibrido quien brindó información que le constaba, por ser producto de su conocimiento personal de los hechos, mezclada con información de referencia que se tornaba en inadmisible. Por ende, el deponente MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ debe ser considerado como testigo directo de los hechos que de manera personal y directa le consta por haberlo percibido con sus sentidos, en especial de todo aquello que atestó respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro, los motivos que impulsaron la práctica de esa diligencia, y de las evidencias físicas que encontraron en el interior del inmueble allanado. Pero de igual manera, la Sala no puede desconocer que el testigo de marras también debe ser catalogado como prueba de referencia inadmisible en todo aquello en lo que tiene que ver con los datos suministrados por el informante respecto de las características físicas de los fulanos conocidos como *(A) “Machete”* y *(A) “Stuart”,* y de sus andanzas criminales en el expendio o distribución de sustancias psicotrópicas, porque no se puede desconocer que las revelaciones del informante o de la fuente anónima de manera indirecta llegaron al proceso por obra y gracia de lo que en tales términos atestó el policial RAMOS LÓPEZ, quien fungiría a modo de una especie de testigo de oídas por cuyo conducto se allegó al proceso toda la información que a Ellos les suministró un personaje misterioso y desconocido que nunca fue convocado al juicio a rendir testimonio, de quien no se sabe nada de su real existencia.

Esas declaraciones que a modo de prueba de referencia ingresaron al proceso como consecuencia de lo declarado por el testigo MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, quien actuó como si fuera una especie de caja de resonancia, deben ser catalogadas como pruebas de referencia inadmisible por no configurarse ninguna de las hipótesis de admisibilidad de las pruebas de referencia consagradas en el artículo 438 C.P.P.[[2]](#footnote-2) lo que, aunado al anonimato del informante, repercutiría de manera negativa en contra de su poder suasorio y su valor probatorio porque: a) Contrariaría los principios de la contradicción, confrontación e inmediación; b) Reñiría con lo reglado en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. en donde se consignó una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual, no es posible proferir un fallo de condena con base en una prueba de semejante naturaleza.

En tal sentido, respecto del valor probatorio que ameritan las declaraciones de informantes anónimos que no han comparecido al juicio a rendir testimonio, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte ha dicho en los siguientes términos:

“De manera, pues, que las declaraciones anónimas resultan inadmisibles como prueba y sólo sirven a manera de criterio orientador por el órgano investigativo para sus labores de averiguación, cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan verificar su contenido. **Es que, como lo ha concluido de igual forma la Corte, ese tipo de fuente de información ni siquiera ostenta la capacidad para constituir prueba de referencia, pues ésta debe provenir de personas conocidas o determinadas**…”[[3]](#footnote-3).

Lo antes expuesto no quiere decir que la Sala desconozca que la información suministrada por la fuente anónima se encuentre carente de corroboración, lo que sería indiscutible porque en efecto en el interior del inmueble señalado por el *soplón* se encontraron sustancias estupefacientes. Pero de igual forma dicha corroboración no fue absoluta, por cuanto de las pruebas allegadas al proceso, en especial del testimonio de oídas rendido por MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, el que en tales términos debe ser catalogado como un testigo único, se colige que no era posible ligar al Procesado como el fulano apodado como *(A) “Machete”,* a quien el chivato señaló como unos de los personajes que estaban a cargo de los narcóticos posteriormente encontrados en el interior del inmueble allanado.

Es de anotar con que lo aducido en el párrafo anterior en momento alguno se quiere decir que por parte de la Colegiatura se esté propendiendo por la necesaria comparecencia de los sicofantes al juicio en calidad de testigos, lo cual no es cierto por cuanto no se puede desconocer que en algunas ocasiones la presencia de esos personajes no se torna en necesaria, en especial cuando la Fiscalía tiene en sus manos un caso probatoriamente sólido en el que existen pruebas indubitables que de una u otra forma corroboran la información suministrada por el chivato; lo que como bien lo pudo demostrar la Colegiatura no se dio en el presente proceso con el testimonio único rendido por el policial MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, con quien la Fiscalía pretendió allegar al proceso información de referencia que se tornaba en inadmisible, la que por desgracia ni siquiera se encontraba corroborada por otras fuentes probatorias independientes[[4]](#footnote-4).

En suma, la Sala es de la opinión consistente en que la Fiscalía se encuentra equivocada con los reproches formulados en contra de la sentencia confutada, por cuanto no es cierto que con el testimonio rendido por el policial MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ se demostró que las características físicas del procesado WAOR correspondían o coincidían con la descripción que el confidente suministro del personaje a quien Él dijo que respondía por el apodo de *(A) “Machete”.*

* La defensa con los testimonios rendidos por los Sres. MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, pretendió justificar la presencia del procesado WAOR en el sitio de los hechos, lo que para la Sala no era factible porque nos encontrábamos en presencia de testigos que no ameritaban ningún tipo de credibilidad, por tratarse de personas que acudieron al proceso con la malsana intención de favorecer de manera descarada al acusado, como bien lo reclamó la recurrente en la alzada.

Decimos lo anterior por lo siguiente:

* El testigo MARIO ARANGO PINEDA adujo fungir a modo de administrador del inmueble allanado, el cual es de propiedad de su señora madre. Este testigo expuso que dos meses antes del allanamiento le arrendó de manera verbal el inmueble de marras, por la suma de $300.000 mensuales, a un señor de unos 65 años de edad, bajito y canoso quien dijo llamarse CARLOS ALBERTO CORRALES, el que le pagó con antelación dos meses de renta y no le pidió que le expidiera recibo alguno. De igual manera el testigo adujo que el arrendatario se desapareció del panorama luego de que practicaron la diligencia de allanamiento y registro, pero que pasados unos quince días en la casa de su madre aparecieron las llaves del apartamento arrendado. Finamente manifestó que el día el allanamiento y registro unos vecinos le avisaron, y que cuando llegó al inmueble allanado se dio cuenta de la presencia de unos sujetos, una muchacha, un muchacho y un fulano que estaba esposado, a quienes no conocía.

Para la Sala lo dicho por el testigo MARIO ARANGO PINEDA es algo de dudosa credibilidad porque se trata de un testigo que tiene un interés en los resultados del proceso a quien le convenía declarar en favor del Procesado como consecuencia de su condición de propietario de facto del bien allanado, el cual, como se sabe, era utilizado para la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, lo que nos quiere decir que nos encontrábamos en presencia de un bien susceptible de extinción de dominio acorde con la causal consagrada en el numeral 5º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2.014[[5]](#footnote-5).

Lo antes expuesto nos estaría indicando que al testigo MARIO ARANGO PINEDA, de una u otra forma, le convenía declarar en favor del Procesado, porque con ello podía obtener como beneficio el no ver expuesto el inmueble que Él administra a los avatares propios de un proceso judicial como lo es el proceso de extinción de dominio regulado por la aludida Ley 1708 de 2.014.

De igual manera, además de lo anterior existen otras plausibles razones para desconfiar de la credibilidad de lo atestado por parte del ciudadano MARIO ARANGO PINEDA, porque para la Sala se torna en algo extremadamente irracional e inadmisible que en el mundo actual cómo se desarrollan los negocios, una persona sea tan extremadamente incauta, así sea que diga que confía en la buena fe del prójimo, como para arriendarle de buenas a primeras un inmueble a otro fulano sin siquiera haber previamente constatado su identidad, sus referencias o su capacidad de pago, y lo que aún es más raro es que el arrendatario no pida la expedición de recibo alguno como constancia de haber pagado unos meses de renta por anticipado.

* La testigo ALEJANDRA SALAZAR MURILLO adujo que para la época en la cual ocurrieron los hechos sostenía una relación sentimental con el procesado WAOR, y que a la víspera de los acontecimientos ambos habían estado parrandeando en una discoteca ubicada en el sector conocido como *“la Badea”,* pero que luego terminaron, hasta la madrugada, en un motel que se encontraba en ese mismo sector; pero que después de pasarla *“bueno”* a Ella, como consecuencia de su condición de asidua consumidora del cannabis, le apeteció fumarse un pucho o “*bareto”*, y por ello convidó a WAOR para que la acompañara hacia un sitio del que Ella sabía que vendían marihuana al cual, hacía como un mes, había ido con unos amigos a comprar cannabis[[6]](#footnote-6).

Al llegar a dicho sitio, la testigo adujo que la puerta de la *“olla”*[[7]](#footnote-7)la abrió un muchacho que estaba solo adentro, y que en el preciso momento en el que el joven estaba buscando la marihuana para vendérsela tocaron a la puerta, y que por solicitud del muchacho fue que WAOR procedió a abrirla, con tan mala suerte que quienes tocaban a la puerta eran unos policías que iban a practicar un allanamiento.

Para la Sala los dichos de la testigo no son dignos de credibilidad porque inicialmente incurrió en una garrafal inconsistencia frente a la hora en la que tuvo lugar la diligencia de allanamiento y registro, ya que en su declaración da a entender que Ellos se dirigieron a la *“olla”* en horas de la madruga luego de que estuvieron pasándola *“bueno”* en un motel, cuando a Ella le apeteció comprar marihuana para consumirla. Lo que no es cierto, porque en la actuación está plenamente demostrado que la diligencia de allanamiento y registro no tuvo lugar en horas de la madrugada sino a eso de las 09:20 horas del día 8 de junio de 2.018.

Tal inconsistencia le daría pie a la Sala para considerar, al igual que la recurrente, que la testigo ALEJANDRA SALAZAR MURILLO compareció al juicio para recitar una versión previamente aprendida.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que la testigo sí estuvo en el inmueble en el que se realizó la diligencia de allanamiento y registro, pero que de igual manera tampoco se puede ignorar que se tornan en irracionales e inverosímiles lo declarado por Ella para justificar su presencia y la del Procesado en dicho sitio, porque acorde con las reglas de la experiencia y de la lógica se tiene que las personas que laboran en las *“ollas”* por obvias razones se caracterizan por ser de naturaleza desconfiada, lo que nos quiere decir que de buenas a primeras no les van a abrir las puertas de la *“olla”* a unos simples y meros desconocidos o *clientes* ocasionales para que accedan al interior de la misma, por cuanto se estarían aventurando a ser sorprendidos *con las manos en la masa*por algún agente encubierto de la policía judicial, o por un miembro de alguna banda rival que acuda con intenciones de robarlos o de acabar con el sitio utilizado por la competencia para el expendio de narcóticos, o expuestos a que un adicto de manera osada decida asaltarlos como consecuencia de los efectos producidos por la agobiante necesidad y ansiedad de consumir sustancias psicotrópicas, lo cual ha sido denominado como *delirium tremens* por parte de la psicología clínica.

* El testigo ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, quien cuando detentaba la condición de menor de edad fue judicializado por estos mismos hechos en la jurisdicción especial de infancia y adolescencia, adujo que cuando lo capturaron tenía como unos 15 días de estar trabajando en dicho sitio y que fue contratado por un viejecillo guapachoso, canoso, gordito de unos 60 años de edad llamado *“CARLOS”,* para que empacara y vendiera los narcóticos, y que por esa actividad le pagaban la suma de $20.000 diarios y la vivienda.

En lo que tiene que ver con los hechos, adujo que ese día se encontraba solo porque *“Don Carlos”* se había ido de rumba, cuando se apareció una pareja que fue a comprar marihuana a la que dejo ingresar. Respecto de la pareja adujo que era la primera vez que la veía, y que en el momento en el que estaba buscando la dosis para vendérsela a la pareja, tocaron a la puerta, por lo que le pidió el favor a uno de Ellos para que le abriera la puerta, y cuando ese fulano procedió a abrir la puerta fueron sorprendidos por la Policía.

Para la Sala lo atestado en tales términos por el testigo ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS es poco creíble ya que de acudir al mismo razonamiento utilizado por la Colegiatura para desconfiar de la credibilidad de lo atestado por ALEJANDRA SALAZAR MURILLO, es obvio que se debe llegar a la misma conclusión para poner en tela de juicio la credibilidad que ameritaría lo declarado por MUÑOZ RUDAS, porque no se entiende como el encargado de atender una *“olla”* de buenas a primeras decida permitirle el acceso a unos desconocidos al interior de la ese sitio, exponiéndose de esa manera a los riesgos aludidos en párrafos anteriores.

Lo anterior nos hace colegir que lo atestado por el testigo ANDRÉS FELIPE MUÑOZ tenía como propósito el de favorecer al Procesado WAOR, por cuanto estamos en presencia de una persona que prácticamente no tuvo nada que perder como consecuencia de las benévolas sanciones que le impusieron en la jurisdicción penal de infancia y adolescencia[[8]](#footnote-8), las que como todos sabemos no persiguen un fin retributivo sino tuitivo y pedagógico; por lo que resulta más que obvio que con su declaración esperaba que WAOR también tuviera una suerte similar a la suya.

En suma para la Sala, al igual que lo reclamado por la recurrente, no existe duda alguna de que el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de valoración probatoria, denunciados por la apelante, al momento de apreciar los testimonios rendidos por los Sres. MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, por cuanto el *A quo* no se dio cuenta que se estaba en presencia de un grupo de testigos dignos de poca credibilidad, quienes acudieron al proceso con la proterva intención de favorecer con sus atestaciones la situación del procesado WAOR, al pretender falazmente justificar la presencia del encartado en el inmueble en donde tuvo lugar la diligencia de allanamiento y registro.

De lo hasta ahora expuesto por la Sala se podría concluir que acorde con los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo* no sería factible poder dictar una sentencia condenatoria en contra del procesado WAOR, como consecuencia de las falencias suasorias que manan de la única prueba testimonial de la Fiscalía, o sea el testimonio absuelto por el policial MAICOL YESID RAMOS LÓPEZ, generada por su condición de testigo de referencia inadmisible, sumado a la dudosa o poca credibilidad que ameritaría lo declarado por los testigos MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS. Pero tal tesis no puede ser de recibo por parte de la Colegiatura, por cuanto en el proceso existen una serie de pruebas indiciarias, las que por desgracia fueron preteridas por el Juzgado de primer nivel, que adicionadas con las pruebas estipuladas por las partes, válidamente se podría llegar a ese grado de conocimiento exigido por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del procesado WAOR en lo que atañe con los cargos enrostrados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

Lo anterior lo decimos porque en contra del Procesado gravitaban unos indicios graves de responsabilidad criminal, los que serían producto de los siguientes juicios de inferencia:

* Acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia, se tiene que la presencia injustificada de una persona en el sitio en el que se está cometiendo un delito, es indicativa de que dicho sujeto de una u otra forma posiblemente se encuentra implicado en la comisión del reato o que tiene algo que ver con el mismo.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio vemos que existen pruebas que a modo de hechos indicadores demostraban la captura en flagrancia del Procesado por cuanto fue sorprendido cuando se encontraba en el interior de un sitio en donde se halló un alijo de marihuana que arrojó un peso neto de 11.497,5 gramos.

De igual manera la Sala no puede desconocer que la Defensa de manera vana pretendió justificar con pruebas dignas de poca credibilidad la presencia del Procesado en el inmueble en donde tuvo lugar la diligencia de allanamiento y registro.

Tales hechos indicadores, permiten inferir como hecho oculto o inferido el consistente en que el Procesado estaba en el sitio de los hechos por encontrarse implicado en la comisión del delito respecto del cual resultó capturado en flagrancia.

* Según una de las reglas de la lógica se tiene por establecido que *«quien no da una explicación coherente de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece…»[[9]](#footnote-9).* Lo cual generalmente se presenta en aquellos eventos en los que la persona señalada como presunta responsable de un delito se vale de coartadas mendaces, falsas justificaciones o de cualquier otro tipo de estratagemas o ardides poco creíbles o verosímiles, con la finalidad de desmarcarse de las sindicaciones efectuadas en su contra.

Ese tipo de comportamientos pueden estructurar lo que se ha conocido como *el indicio de mala justificación,* el que, se reitera:

“Consiste en la explicación dada por el sindicado que no se ajusta a la realidad, porque el sujeto falta a la verdad o por falta de verosimilitud.

**Es hecho ordinario y fundamento de la inferencia, el de que quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta**…”[[10]](#footnote-10).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión consistente en que en contra del Procesado existe el indicio de mala justificación, porque como está bien demostrado, la Defensa se valió de unos testigos dignos de poca credibilidad, con el propósito de poder justificar vanamente la presencia del Procesado en el sitio de los hechos, porque al parecer la verdad de lo acontecido no le favorecía, siendo esa la razón por la que se valió de ese tipo de pruebas para justificar lo injustificable.

* Una de las reglas de la experiencia nos señala que quien es sorprendido con instrumentos o herramientas que son necesarias para la comisión de un delito, es indicativo de que esa persona posiblemente se encuentra implicada en la comisión del ilícito.

En el presente asunto se tiene que en el interior del inmueble allanado los funcionarios de la policía judicial encontraron, además del alijo de la marihuana, los siguientes elementos: a) Nueve paquetes que a su vez contenían cien bolsas plásticas transparentes resellables; b) Una gramera de color blanco; c) Cuatro cajas que cada una contenían cincuenta unidades de papel *blunt* que utilizado para liar cigarros.

Para la Sala no existe duda alguna que tales elementos, como bien lo atestó el policial MAICOL RAMOS LÓPEZ, son utilizados para dosificar y distribuir el tipo de sustancia estupefaciente que fue incautada, o sea la marihuana.

Todo lo anterior, nos permite inferir como hecho oculto o desconocido el consistente en que el procesado WAOR se encontraba en el sitio de los hechos realizando labores relacionadas con la dosificación para la posterior distribución de las sustancias estupefacientes que fueron encontradas e incautadas por parte de los efectivos de la policía judicial.

A modo de síntesis, contrario a lo que se dijo en el fallo confutado, la Sala es de la opinión consistente en que el proceso existían unas pruebas de naturaleza indirecta, que fueron preteridas por el Juzgado de primer nivel al momento de apreciar el acervo probatorio, las que satisfacían las exigencias requeridas por los artículos 7º, inciso 4º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para que en contra del procesado WAOR se pudiera proferir una sentencia de carácter condenatoria, por cuanto dichos indicios convergían en comprometer de manera indubitable la responsabilidad criminal del enjuiciado por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar.

Ante tal situación, la Colegiatura revocara parcialmente el fallo confutado en todo aquello que tiene que con la absolución con la que fue favorecido el procesado WAOR respecto de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la comisión del delito de delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, para en su lugar declarar la responsabilidad del Procesado de marras por esos cargos.

De igual manera, actuando en consecuencia de todo lo dicho en contra de los testigos MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, la Sala ordenara que se compulsen las copias pertinentes de la actuación con destino hacia la Fiscalía General de la Nación (FGN) a fin de que sí el Ente Acusador lo considera pertinente proceda a iniciar las investigaciones del caso por la presunta comisión del delito de falso testimonio.

Asimismo se ordenará la compulsión de copias con destino a la Unidad de Fiscalía Delegada a los Juzgados de Extinción de dominio con el propósito que investiguen la situación del inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio “Pedregales” del municipio de Dosquebradas, el cual posiblemente se encuentre incurso en la causal de extinción de dominio consagrada en el # 5º del artículo 16 de la Ley # 1708 de 2.014.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la decisión del Juzgado *A quo* de absolver al procesado WAOR de los cargos enrostrados en su contra por el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos, la Sala de manera mayoritaria es de la opinión consistente en que el fallo confutado debe permanecer incólume a fin de evitar una vulneración del principio de la congruencia por cuanto la Fiscalía en los hechos jurídicamente relevantes consagrados en la acusación en momento alguno supo ofrecer una explicación razonable o plausible del porque el acusado con su comportamiento pudo haber incurrido en la presunta comisión del punible de uso de menores de edad en la comisión de delitos, debido a que los hechos jurídicamente relevantes se circunscribieron en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, mientras que prácticamente no se dijo nada de como el proceder endilgado al acusado se amoldaba al injusto de uso de menores de edad en la comisión de delitos.

Sobre la importancia del deber que le asiste a la Fiscalía de precisar los hechos jurídicamente relevantes, para que no suceda lo que sucedió en el caso en estudio, la Corte ha dicho:

“En reiteradas ocasiones la Corte se ha referido al sentido y alcance de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establecen que la Fiscalía debe hacer una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”.

En ese contexto, ha hecho hincapié en que los hechos jurídicamente relevantes no pueden ser suplidos por hechos indicadores y/o medios de prueba, como ocurre con preocupante frecuencia, porque ello: (i) puede afectar el derecho de defensa, (ii) impide delimitar el tema de prueba, (iii) obstaculiza el adecuado desarrollo del debate probatorio, etcétera. Al efecto, ha resaltado que el hecho jurídicamente relevante es aquel que encaja en la norma penal, que los hechos indicadores son aquellos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante y que los medios de prueba le permiten al juez conocer, bien directamente el referente fáctico que se adecúa a la descripción normativa, ora los datos a partir de los cuales puede inferirse un aspecto puntual del mismo (CSJ AP, 8 de marzo de 2017, Rad. 44599, entre otras).

Además, la confusión entre las categorías atrás indicadas puede dar lugar a la divulgación del contenido de los medios de prueba en un escenario diferente al previsto por el legislador (el juicio oral), lo que puede entrañar la violación del debido proceso, principalmente si esa información incide en la decisión judicial. Ello explica por qué el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, al regular el contenido del escrito de acusación, dispone un acápite para la relación de los hechos jurídicamente relevantes, y otro para la enunciación de los medios de prueba.

La Sala también ha hecho hincapié en que el estudio de la relevancia jurídica de un hecho está directamente asociado a la correcta selección e interpretación de las normas penales aplicables al caso. Así, por ejemplo, cuando la imputación se hace a título de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, deben precisarse los elementos estructurales de esta figura (en abstracto), a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, pues ello se erige en presupuesto necesario para establecer si los hechos de un caso en particular pueden ser subsumidos en esa norma (ídem).

Exactamente lo mismo sucede con las causales de agravación o de mayor punibilidad. El analista tiene la carga de establecer cuáles son los hechos que en abstracto consagró el legislador como presupuesto de la respectiva consecuencia jurídica (que, como en este caso, suele consistir en aumentos significativos de las penas). A partir de la correcta interpretación de la ley, debe realizar el juicio de tipicidad, esto es, constatar si los hechos encajan en la descripción normativa, sin perjuicio del deber de verificar que los mismos están demostrados, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador para cada etapa del proceso (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899, entre otras)…”[[11]](#footnote-11).

Acorde con lo anterior, no desconoce la Sala mayoritaria que en el caso en estudio está plenamente demostrado que en el lugar de los hechos se capturó a un menor de edad, nos referimos al joven ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, quien se encontraba implicado en el mismo reato de tráfico de estupefacientes por el cual se llamó a juicio al ahora procesado WAOR, por cuanto ambos fueron sorprendidos en situación de flagrancia. Pero esas circunstancias por sí solas no son suficientes como para considerar que la Fiscalía en la acusación haya cumplido con la obligación que le asistía, frente al aludido delito, de precisar los hechos jurídicamente relevantes, ya que además de la presencia del entonces menor delinquiendo en el mismo sitio en donde fue capturado el Procesado, el Ente Acusador tenía la obligación de precisar que: a) Que el Procesado haya sido la persona que se encargó de instrumentalizar a ese entonces menor de edad; b) La existencia de un acuerdo o de un convenio de voluntades, obviamente viciado, entre el Procesado y el aludido menor de edad, que permita concluir que entre ellos dos se estaba en presencia de un evento de coautoría. Lo cual era algo lógico y necesario que debía ser explicado por la Fiscalía en la acusación para que de esa forma los hechos pudieran adecuarse en el delito de marras, en el que *«Se reprocha el acto de usar al menor de edad a través de la inducción, el facilitamiento, la utilización, el constreñimiento, la promoción o apelando a cualquier otra forma de instrumentalización para cometer delitos…»*[[12]](#footnote-12).

En suma, lo anterior es suficiente para la Sala mayoritaria decida confirmar parcialmente el fallo confutado en todo aquello que tiene que ver con la decisión del Juzgado *A quo* de absolver al procesado WAOR de los cargos enrostrados en su contra por el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos.

Como consecuencia de la declaratoria en sede de 2ª instancia del compromiso penal endilgado al procesado WAOR por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, tipificado en el Inciso 1º del artículo 376 C.P. le corresponde ahora la Sala llevar a cabo las correspondientes operaciones de dosimetría punitiva que se han de tener en cuenta en el escenario de la dosificación la pena a imponer.

Acorde con lo anterior, la Sala acudiría a los siguientes criterios:

* El delito por el que se declaró la responsabilidad criminal de Procesado, o sea el reato de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, es sancionado con las siguientes penas principales: Una pena de 128 a 360 meses de prisión, y una pena de multa de 1.334 a 50.000 *S.M.L.M.V.*
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra del Procesado no le endilgaron circunstancias de mayor punibilidad, acorde con lo establecido en el inciso 1º del articulo 61 C.P. la Sala acudiría al primer cuarto de punibilidad, el que oscilaría entre: a) 128 hasta 360 meses de prisión; b) 1.334 hasta 13.500,5 *S.M.L.M.V.*
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala tendrá en cuenta unos factores que generan un mayor juicio de reproche del comportamiento pregonado en contra del Procesado, como consecuencia de la cantidad de sustancias estupefacientes incautada, la que excede en 11.477,5 veces los límites permitidos para la dosis personal, tanto es así que dicha cantidad equivaldría a 574,875 dosis personales. Razón por la cual la Sala no partirá del límite inferior del primer cuarto de punibilidad, el que será incrementado en 14,5 meses[[13]](#footnote-13) más, para de esa forma arrojar una pena de 142,5 meses de prisión, que equivaldría a 11 años, 10 meses y 15 días de prisión.
* En lo que tiene que ver con la pena de multa, la Sala aplicara la pena mínima, la que correspondería al pago de 1.334 *S.M.L.M.V.* Suma esta que acorde con lo regulado en el artículo 10º de la Ley # 1.743 de 2.014, deberá ser cancelado por el Procesado a favor de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, dentro del término de los 10 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente a la fecha de la ejecutoria del presente fallo de 2ª instancia.

Por otra parte en lo que tiene que ver con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. se tiene que esa pena debe corresponder a un tiempo igual al de la pena de prisión sin exceder el tope de los veinte años, y como quiera que en el presente asunto la pena de prisión impuesta al Procesado fue de 11 años, 10 meses y 15 días, ello nos quiere decir que la pena accesoria de marras deberá ser por ese mismo periodo.

De igual forma, en lo que concierne con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales, vemos que como consecuencia del monto de la pena de prisión impuesta al acriminado no se cumplen con los requisitos objetivos exigidos tanto para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como para la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, razón por la que al procesado WAOR no se le reconocerá dichos sustitutos ni subrogados penales.

Finalmente, como quiera que en la actualidad se sabe que el procesado WAOR se encuentra en libertad, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decido en el presente fallo de 2ª instancia, se procederá a librar en su contra las correspondientes ordenes de captura.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los eventuales recursos de los cuales seria susceptible esta sentencia de 2ª instancia, la Sala no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de abril de 2.019. Rad. # 54.215, válidamente se puede concluir que la Defensa de WAOR podría interponer en contra del presente fallo el recurso de impugnación excepcional.

De igual manera el presente fallo de 2ª instancia, respecto de la postura asumida por la Sala mayoritaria de confirmar la sentencia opugnada en lo que atañe con la absolución proferida en favor del Procesado WAOR de los cargos enrostrados en su contra por el reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos, en lo que corresponde con los intereses de la Fiscalía, también sería susceptible de ser impugnada mediante el recurso de Casación.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y el Decreto 457 de 2020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, lo que obliga a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del 21 de agosto de 2.019 en lo que atañe con la absolución proferida en favor del procesado **WAOR** respecto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la F.G.N. por incurrir en la presunta comisión del ilícito de uso de menores de edad en la comisión de delitos.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del 21 de agosto de 2.019, mediante la cual se absolvió al procesado WAOR de los cargos endilgados en su contra, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad criminal del procesado WAOR por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar, tipificado en el Inciso 1º del artículo 376 C.P.

**TERCERO:** En consecuencia de lo anterior se **CONDENARÁ** al procesado WAOR a: a) Purgar una pena de pena de 142,5 meses de prisión, que equivaldría a 11 años, 10 meses y 15 días de prisión; b) El pago de una multa equivalente a 1.334 S.M.L.M.V. el cual, la que deberá ser cancelado a favor de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, dentro del término de los 10 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria del presente fallo de 2ª instancia; c) A la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 11 años, 10 meses y 15 días.

**TERCERO: NO CONCEDERLE** al procesado WAOR el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

**CUARTO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a librar las correspondientes ordenes de captura en contra del procesado WAOR, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente proveído.

**QUINTO: ORDENAR** que por Secretaría se compulsen copias de presente actuación con destino hacia la FGN, a fin de que sí el Ente Acusador lo considera pertinente proceda a iniciar las investigaciones del caso en contra de los ciudadanos MARIO ARANGO PINEDA; ALEJANDRA SALAZAR MURILLO y ANDRÉS FELIPE MUÑOZ RUDAS, por incurrir en la presunta comisión del delito de falso testimonio. De igual manera se compulsarán copias con destino a la Unidad de Fiscalía Delegada a los Juzgados de Extinción de dominio con el propósito que investiguen la situación del inmueble ubicado en la Cra. 1ª # 134 W 19 del barrio “Pedregales” del municipio de Dosquebradas, el cual posiblemente se encuentre incurso en la causal de extinción de dominio consagrada en el numeral 5º del artículo 16 de la Ley 1708 de 2.014.

**SEXTO: DISPONER** que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico, medio por el cual podrán interponer los recursos de ley que sean procedentes.

**SÉPTIMO:** **DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede tanto el recurso de Casación como el recurso de impugnación excepcional, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados por los legitimados a recurrir dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

*Con salvamento parcial de voto*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

SALVAMENTO parcial DE VOTo

Con el acostumbrado respeto expreso mi disenso con la ponencia presentada por el magistrado Dr. MANUEL YARZAGARAY BANDERA, por medio de la cual se confirmó parcialmente la sentencia emitida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en agosto 21 de 2019, respecto a la absolución proferida a favor del procesado **WAOR** por incurrir en la presunta comisión del ilícito de uso de menores de edad en la comisión de delitos, a la vez que se revocó tal determinación para declarar su responsabilidad en la ilicitud de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de conservar.

Antes de entrar en materia, dejo consignado que comparto la ponencia en cuanto a la revocatoria de la absolución por el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de conservar con fines de expendio sustancias estupefacientes, para en su lugar proferir, como acertadamente lo hace la Sala, un fallo de condena en contra del justiciable **WAOR.**

En lo que radica mi disenso, es en la confirmación que hace el Tribunal de la absolución que se profirió a favor del mismo procesado por parte de la primera instancia, con respecto al punible concursante de USO DE MENORES EN LA COMISIÓN DE DELITOS. Paso por tanto a exponer las razones que me llevan a considerar que la revocatoria debió ser total y no parcial, a efectos de proferir condena también por este último reato. Son la siguientes:

Importa precisar de entrada, que en un primer proyecto de ponencia se sostuvo que debía absolverse por el cargo de USO DE MENORES EN LA COMISIÓN DE DELITOS, con fundamento en dos razones: la primera, por la falta de congruencia al no haberse expuesto por parte de la Fiscalía en forma clara los hechos relevantes que soportaban ese específico cargo; y segunda, que porque en el recurso de apelación, la nueva fiscal que atendió el caso “no dijo nada” con respecto a las razones por las cuales se debía revocar la absolución y en reemplazo emitir un fallo de condena por el delito de USO DE MENORES.

A la hora de ahora, la Sala Mayoritaria acató los argumentos del suscrito en el sentido que esa segunda falencia no tenía sentido, porque una revisión detenida del escrito de sustentación del recurso por parte de la delegada fiscal, llevaba a concluir que ella en momento alguno fue “parca” en sus aseveraciones con respecto a la prueba existente para proferir condena por ese punible concursante.

Significa lo anterior, que la Sala Mayoritaria acepta, como debía hacerse, que en efecto aquí sí obra prueba suficiente para demostrar no solo la existencia del ilícito de USO DE MENORES en la comisión de delitos, sino la responsabilidad que en ello posee el procesado **WAOR.**

Al quedar reducida así la razón que se tiene por parte de la Corporación para confirmar el fallo de primera instancia en lo que hace con el injusto atentatorio de la Libertad Individual y otras garantías contenido en el artículo 188D C.P., única y exclusivamente a lo referente a una supuesta deficiencia en la relación de los hechos jurídicamente relevantes, lo que me corresponde es ceñirme a ese aspecto en aras de explicar en qué radica mi posición con respecto a que una tal incongruencia en los cargos no se presenta en este específico asunto.

Se aduce que la Fiscalía no se debió contentar con expresar la existencia del concurso, sino que estaba en el deber de mencionar en el escrito de acusación por qué consideraba que aquí se dio una “instrumentalización” de menores en la comisión del reato.

En mi criterio, el contenido del escrito de acusación conjuntamente con lo realizado en la audiencia de formulación de acusación, suple las exigencias tanto normativas como jurisprudenciales para generar una adecuada congruencia; es decir, que no veo por parte alguna que aquí se dé una deficiencia en la formulación del cargo, o, dicho de otro modo, no veo qué se dejó de expresar, qué más era lo que se tenía que decir para que por parte del procesado y la defensa se entendiera adecuadamente la presentación de los cargos que se le atribuían.

Comenzaré por decir que la unidad defensiva en momento alguno expresó incomprensión a ese respecto, o pidió aclaración o complementación del mismo, menos alegó alguna posible nulidad en tal sentido o la absolución a causa de una tal deficiencia.

De todas formas, como desde luego ello puede ser deducido en forma oficiosa por el operador jurídico, es por supuesto entendible que no se pueda desconocer el deber que se tiene por parte del ente persecutor de mencionar los hechos relevantes que soportan la acusación, tal cual lo enseña la actual línea jurisprudencial. Pero que así sea, el correcto entendimiento de ese precedente no se puede llevar al extremo, porque a nadie escapa que cada caso hay que analizarlo en concreto y dentro de sus justos términos.

Lo anterior significa, que fue muy acertado que el órgano de cierre hiciera esa precisión en el caso que fue objeto de casación y que la ponencia cita, en tanto en ese proceso no se le dio a conocer a la defensa en qué había consistido la acción o la omisión que el Estado le reprochaba a su cliente, dado que en vez de exponer hechos que lo comprometían, la Fiscalía se dedicó a relatar las pruebas obtenidas.

Así se tiene, que por ejemplo, no basta decirle a un conductor qué norma reglamentaria infringió y qué pruebas se tienen al respecto, sino, y he allí lo relevante, qué fue lo que se hizo o se dejó de hacer de su parte para que se entendiera vulnerado el precepto.

Para el asunto que nos concierne, la Fiscalía le atribuyó al acusado el haber cometido la infracción de conservar estupefacientes conjuntamente con un menor de edad que estaba presentes en el inmueble para el momento de la diligencia de allanamiento, mismo que fue dejado a disposiciones de la jurisdicción para adolescentes.

En el escrito de acusación se hizo referencia a la información obtenida de una fuente humana no formal, en el sentido que la conservación de los estupefacientes estaba a cargo tanto de una persona muy joven como de un adulto. Se hizo alusión también al subsiguiente sorprendimiento en flagrancia de ambos personajes para el instante de llevarse a cabo el allanamiento. Y, finalmente, se puso de presente que si ese proceder lo llevaba a cabo un adulto con la utilización de menores de edad, como aquí efectivamente sucedió, se incurría en un concurso de hechos punibles.

Se destaca de lo anterior, que la Fiscalía lo que puso de presente en el escrito de acusación fue nada más y nada menos que presentar en contexto un sorprendimiento en flagrancia, no solo respecto al punible de conservación de estupefacientes, sino también y por supuesto del USO DE MENORES en la comisión de ese delito.

Ya al momento de la audiencia de formulación de acusación, el señor juez, con buen tino, le preguntó a la Fiscal que hiciera claridad en cuanto a si el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de “conservar” era simple o agravado por la coparticipación. Y en respuesta a esa observación, la delegada que intervino en aquél entonces le aclaró al funcionario que el cargo no contenía la agravante por la coparticipación, sino que únicamente lo que correspondía era el concurso con el USO DE MENORES.

En mi criterio, lo dicho tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de formulación de la misma, era más que suficiente para tener claro cuál era la ACCIÓN realizada por el adulto y de la cual debía defenderse en juicio, nada más ni nada menos que conservar estupefacientes en grandes cantidades en esa morada, con fines de expendio, y con la ayuda instrumentalizada de menores de edad. Y pare de contar, porque eso es en esencia y de manera abstracta (como lo exige la jurisprudencia) lo que constituían los hechos relevantes en este caso. Allí no se tenía que hablar de los detalles con respecto a cómo llegaron allí los menores, como surgió ese vínculo entre adulto y menores, o cómo fue el desenvolvimiento del uno y de los otros, cuando es claro que todos los allí presentes estaban ejecutando la misma acción mancomunada y sería la prueba a practicar en el juicio la que pondría al descubierto los pormenores del episodio.

La inquietud que en el fondo me embarga, es la siguiente: ¿cómo condenar por el delito de conservación al adulto, pero a su vez y simultáneamente absolverlo por la utilización del menor que allí estaban? cuando: (i) no hay forma de desligar una cosa de la otra; (ii) se tilda al adulto de haber obrado a ciencia y consciencia de lo que allí estaba pasando; luego entonces, no solo era sabedor de la infracción por conservar, sino que la misma se estaba llevando a cabo con la instrumentalización de un menor de edad. Siendo así, cómo pensar o concluir que su actuar era ajeno al obrar igualmente ilícito del adolescente. Eso no cuadra.

Dejo así rendida mi respetuosa discrepancia parcial en el asunto.

Atentamente,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Pereira, junio 23 de 2020

1. La Sala considera pertinente identificar a las dos personas que en compañía del Procesado se encontraba en el sitio en donde se practicó la diligencia de allanamiento y registro, por cuanto Ellos en la actualidad son mayores de edad, en el pasado reciente fueron judicializados en la Jurisdicción penal de infancia y adolescencia y comparecieron al juicio en calidad de testigos de la Defensa, lo que nos da a entender que con esta determinación en momento alguno se les vulneraria sus derechos a la honra, a la intimidad y al buen nombre. [↑](#footnote-ref-1)
2. En especial la del testigo contumaz no disponible por cuanto la Fiscalía ni descubrió ni solicitó en su debido momento el testimonio del sicofante. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 de septiembre de 2017. SP15487-2017. Rad. # 46864. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-3)
4. V.gr. Con el testimonio de un experto en morfología, quien, en su leal saber y entender, podría dictaminar que la fisonomía del Procesado coincide o corresponde con la descripción física que el informante suministró del personaje conocido con el remoquete de *(A) “Machete”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. ARTÍCULO 16. CAUSALES. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias: (:::) 6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto se puede consultar el registro # 36:37 al # 39:00. [↑](#footnote-ref-6)
7. En el argot popular se entiende como *“olla”* al sitio utilizado para el expendio de narcóticos y estupefacientes. [↑](#footnote-ref-7)
8. Según el testigo para ese momento se encontraba cumpliendo una sanción que tenía como finalidad asistir a la institución hogares Claret para de esa forma procurar la rehabilitación de su adicción a los estupefacientes [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de octubre de 2.008. Rad. # 29310. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-9)
10. PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: Indicios y presunciones. Página # 65. Editorial Temis 1.977. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de marzo de 2018. SP798-2018. Rad. # 47848. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional: Sentencia # C-121 del 22 de febrero de 2.012. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. [↑](#footnote-ref-12)
13. Equivalente al 25% del ámbito punitivo de movilidad, el cual es de 58 meses. [↑](#footnote-ref-13)