PRUEBA DE RESPONSABILIDAD PENAL/ Admisión de la prueba de referencia ante la imposibilidad de hallar al testigo/ Interés notorio de favorecimiento y falta de coherencia con la declaración del acusado merman el poder de convicción de los testigos de descargo

“(…) se cuenta con prueba directa en contra del acusado, en los términos del artículo 402 del CPP, que indica sin lugar a dudas que LFPV fue la persona que le vendió el cigarrillo de marihuana al señor Jhon Wilmar Montoya, señalamiento que se encuentra confirmado con lo consignado en la entrevista que rindió el señor Montoya, que finalmente fue admitida en el juicio como prueba de referencia, de acuerdo al artículo 438 literal b) del CPP (…) ya que precisamente en el documento en mención, el entrevistado dijo que la persona que le vendió el material sicoactivo usaba una gorra blanca y una chaqueta negra, lo cual coincide con lo manifestado por los uniformados que intervinieron en el procedimiento (…)

A su vez, en lo relativo al poder suasorio de las declaraciones entregadas por los testigos de la defensa (…) se debe decir que su fuerza de convicción se encuentra menguada, de una parte porque tenían un notorio interés en el caso, ya que manifestaron que poseían una estrecha amistad con el procesado (…)”

(…) el señor LFPV dijo en medio de su declaración que sus amigos no habían presenciado lo ocurrido cuando uno de los agentes se dirigió a unos 20 metros del sitio donde estaban el acusado y el señor Montoya, regresó con una bolsa y le preguntó a LFPB que si “eso era suyo”, manifestación que resulta contraria a lo expuesto por los señores Pulgarín y Garzón durante su declaración en el juicio, donde no hicieron ninguna referencia a ese hecho, pese a que aseveraron que les correspondió presenciar todo el procedimiento policivo desde la casa del testigo Carlos Andrés Pérez Garzón.”

DOSIS PERSONAL/ No reúne tal condición el estupefaciente destinado a comercialización

“(…) la Sala no comparte otro de los argumentos del fallo de primer grado, donde se dijo lo siguiente: `…estamos frente a comportamientos que no alcanzan a configurar conducta delictiva porque, cuando se trata de suministro o de llevar consigo, debe superarse la cantidad de 20 gramos tratándose de marihuana para que pueda hablarse dela comisión de una conducta delictiva…´, ya que esa manifestación contraviene totalmente el artículo 2º literal j) de la ley 30 de 1986 in fine, que opera como norma de reenvío en el presente caso, el cual dispone claramente lo siguiente: `No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta´.

# RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE**

**PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, dieciocho (18) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 273

Hora: 8:15 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66001 60 00 0035 2011 03603** |
| **Procesados** | **Luis Fernando Pérez Villada** |
| **Delito** | **Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes** |
| **Juzgado de conocimiento** | **Cuarto Penal del Circuito** |
| **Asunto** | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 11 Seccional, en contra de la sentencia del 26 de septiembre de 2012 del juzgado 4º penal del circuito de esta localidad, en la cual se absolvió al señor Luis Fernando Pérez Villada, por la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

**2. ANTECEDENTES**

2.1. El contexto fáctico del escrito de acusación es el siguiente[[1]](#footnote-1)

*“El 25 de septiembre de 2011, a eso de las 19:40 horas, mientras miembros de la policía se encontraban realizando patrullaje, por el sector de Barrio Laureles II de Cuba, sector de las canchas de microfútbol, cuando observaron a dos personas que en actitud sospechosa realizaban un intercambio de elementos, por lo cual solicitaron una requisa y quien fue identificado con Jhon Wilmar Montoya hizo entrega de un cigarrillo con características a estupefaciente, manifestando haberlo comprado por valor de mil pesos a la otra persona, quien se identificó como Luis Fernando Pérez Villada y vestía gorra blanca, chaqueta negra, por un valor de mil pesos en monedas.*

*Los funcionarios de policía observaron cuando Luis Fernando Pérez Villada arroja un elemento al suelo, y al verificar, se trata de una bolsa plástica transparente con cuatro cigarrillos de envoltura blanca que en su interior contiene un vegetal verde seco con características a estupefacientes, y en la requisa se le halló en su poder la suma de $21.520, en billetes y monedas de diferentes denominaciones, siendo capturado por este hecho”.*

2.2 Se formuló acusación contra el señor Pérez Villada como presunto responsable de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo la inflexión verbal “vender”, artículo 376 , inciso 2º del CP, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, lo que resultaba conforme con la imputación que se le hizo el 26 de septiembre de 2011, que no fue aceptada por el señor Pérez Villada.[[2]](#footnote-2)

2.3 La audiencia de formulación de acusación se adelantó el 6 de diciembre de 2011[[3]](#footnote-3); la audiencia preparatoria se cumplió el 21 de febrero de 2012[[4]](#footnote-4); el juicio oral se inició el 2 de mayo de 2012 y finalizó el 21 de junio del mismo año[[5]](#footnote-5). La sentencia de primera instancia se profirió el 26 de septiembre de 2012.

**3. IDENTIFICACION DEL PROCESADO**

Se trata de LUIS FERNANDO PERÉZ VILLADA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.088.279.874 de Pereira, Risaralda, nacido el 4 de junio de 1990 en esa misma localidad, hijo de Gilma Rosa y Leonardo de Jesús.

**4. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1 Las consideraciones básicas del fallo de primer grado, fueron las siguientes:

* Con las pruebas practicadas en el juicio se comprobó que el señor Luis Fernando Pérez Villada (en lo sucesivo LFPV) fue privado de su libertad el 25 septiembre de 2011, a las 19.40 horas aproximadamente, por los PT. Jorge Osvaldo Garzón Ortiz y Mauricio Cuéllar Calderón, quienes encontraban en las canchas de microfútbol del barrio Laureles II, sector de “Cuba” en esta ciudad, atendiendo una llamada donde les manifestaron que en ese sector se estaban consumiendo estupefacientes. Los agentes percibieron que al parecer LFPV entregó un cigarrillo a otra persona en un sitio donde, de antemano conocen, es utilizado para el consumo de estupefacientes.
* Los uniformados consideraron que habían presenciado una transacción sobre sustancias sicoactivas, ya que los dos manifestaron que habían visto cuando un “habitante de la calle”, recibió del señor LPPV un cigarrillo y que el primero le pasó algo empuñado. Igualmente dijeron que LFPV arrojó algo, observando que se trataba de unos cigarrillos que contenían sustancias con características propias de la marihuana. Igualmente indicaron que llevaron a la persona que recibió el cigarrillo hacia la URI para que lo entrevistaban aunque no estuvieron presentes en esa diligencia.
* Esa persona dijo llamarse Jhon Wilmar Montoya, aunque no se sabe si se identificó ante la persona que le recibió la conferencia. Su entrevista fue introducida como prueba de referencia.
* El *A quo,* consideró que la citada entrevista ponía “a tambalear “ la responsabilidad de LFPV por la conducta de venta de estupefacientes, ya que parecía más “*una lección que aprendió a medias”,* que no reflejaba la verdad de lo ocurrido, para lo cual citó apartes de lo consignado en ese documento, donde indicaba que el sujeto que le vendió la marihuana, lo había provisto de ese material varias veces; que no sabía su nombre; que vestía una gorra blanca, una chaqueta y un jean y que nadie más presenció los hechos.
* La juez de primer grado consideró que no resultaba digno de crédito lo consignado en la citada entrevista, ya que si el señor Montoya dijo que esa persona era su proveedor habitual debió precisar sus rasgos físicos. Además expuso que no había sido trasladado a las dependencias de la URI en compañía del vendedor del estupefaciente. Fuera de lo anterior el presunto comprador no supo dar razón sobre lo que se encontró en la requisa que se hizo a LFPV, ya que dijo que: “A*l muchacho también lo requisaron y no sé qué le encontraron yo estaba en lo mío”.*
* De acuerdo al recaudo probatorio allegado en la audiencia de juicio oral se acreditó un suministro de sustancia estupefaciente a una persona mayor de edad, en cantidad de un cigarrillo de marihuana con un peso neto de 0.6 gramos, y otros cuatro cigarrillos con igual sustancia que tuvieron un peso neto de 3.6 gramos, que probablemente estaban destinados al consumo de cinco jóvenes más que reconocen que estaban en sitio, como lo dijeron en la audiencia los testigos allegados por la defensa.
* De esa manera, dando crédito a lo que aseguraron los agentes, se está frente a un comportamiento que no alcanza a configurar una conducta delictiva objeto de la acusación, ya que cuando se trata de suministro o llevar consigo marihuana, se debe superar la cantidad de 20 gramos, para que se pueda hablar de la comisión de una conducta delictiva.
* En este caso no se probó la conducta de venta de estupefacientes, ya que no coincide la suma de dinero hallada en poder de LFPV, con la que podría ser el producto de la enajenación de la sustancia. Para el efecto se debe tener en cuenta que el cigarrillo tenía un costo de mil pesos (por esta época es lo que lo que declaran los consumidores y lo hizo el supuesto comprador), y el valor en monedas que le encontraron al acusado es superior al que dijo haber entregado el presunto adquirente, ya que el otro numerario que tenía eran billetes de $10.000, cuando lo usual es que en ese comercio minorista se manejen monedas o billetes de baja denominación.
* La juez de primer grado consideró que no se había probado el acto de venta de estupefacientes atribuido al procesado, y que las declaraciones recibidas generaban dudas sobre la actividad del señor LFPV, por lo cual profirió sentencia absolutoria en su favor, aplicando el principio del *In dubio Pro Reo.*

4.2 La sentencia fue recurrida por la delegada de la FGN.

**5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO PROPUESTO**

**5.1 Delegada FGN (recurrente)**

* El punto de controversia se centra en la valoración que hizo la funcionaria de primer grado sobre las pruebas practicadas en el juicio oral, ya que las mismas no se analizaron en conjunto, sino de manera aislada, para concluir en el fallo absolutorio.
* Se presentó un caso de venta de estupefacientes al menudeo. La juez de primer grado aceptó que LFPV le entregó a un tercero un cigarrillo que contenía marihuana, pero no consideró probada la hipótesis de venta de estupefacientes que propuso la FGN. No se tuvo en cuenta que los funcionarios de policía habían sido advertidos en varias ocasiones de que en el lugar de los hechos se encontraban jóvenes consumiendo y vendiendo estupefacientes, y con base en esa información fue que pudieron percibir directamente que LFPV le entregaba un cigarrillo con envoltura de color blanco a un habitante de la calle, quien a su vez, con su mano empuñada le pasaba al acusado un elemento que los urbanos no alcanzaron a percibir, lo que resulta lógico ya que se trataba de monedas.
* En ese momento, sin solución de continuidad los funcionarios de policía Jorge Oswaldo Garzón Ortiz y Mauricio Cuellar Calderón, abordaron a ambos ciudadanos y luego interrogaron a la persona que recibió el cigarrillo que fue identificada como Jhon Wilmar Montoya, quien admitió haberlo comprado a LFPV por $ 1.000.
* Las declaraciones de los miembros de la Policía Nacional son claras y coherentes sobre los hechos y el procedimiento que realizaron, sin que se advierta ningún interés de su parte de causar perjuicio al acusado, ya que simplemente ejercieron su labor como miembros de la fuerza pública.
* Con el testimonio del agente Mauricio Cuéllar se estableció que la persona que estaba comprando la sustancia accedió voluntariamente a rendir una entrevista, por lo cual fue trasladado a la URI, donde fue interrogado por un funcionario del CTI. El hecho de que no fuera conducido en el mismo vehículo donde fue llevado el procesado, no puede afectar el valor probatorio de los testimonios de los agentes, ni el contenido de la entrevista que rindió el comprador.
* No existe duda sobre la identidad del entrevistado Jhon Wilmar Montoya ya que la funcionaria Sonia Pérez Sierra, dijo que había tenido frente a ella al citado testigo, a quien le recibió sus datos sobre su nombre, ocupación, al igual que su versión de los hechos y durante el juicio esa identificación no fue desvirtuada, por lo que resulta irrelevante si presentó o no su cédula de ciudadanía, ya que existe certeza de que el señor Montoya si fue individualizado por la citada funcionaria.
* La citada entrevista fue rendida con espontaneidad y en ella se refirieron situaciones que los agentes no incluyeron en su testimonio, como el hecho de que el vendedor de la sustancia estupefaciente salió del grupo de jóvenes que se hallaban en el sitio de la captura del señor LFPV y son precisamente los que venden marihuana en ese sitio lo que era conocido por el comprador. A su vez los agentes no relacionaron al acusado con los jóvenes que se encontraban al otro lado de la vía, quienes afirmaron ser sus amigos, ya que sólo presenciaron la transacción ilícita. Tampoco resulta relevante el hecho de que el entrevistado ni hubiera manifestado que fue lo que le incautaron a LFPV.
* Por ello el entrevistado no rindió una “lección aprendida” como se dijo en el fallo impugnado, ya que incluso narró situaciones que no eran conocidas por los agentes cuya versión coincide en lo esencial, en el sentido de que vieron a LFPV cuando le vendía el cigarrillo a Jhon Wilmar Montoya y el lugar donde ocurrió la transacción. Además el señor Montoya hizo una descripción de la persona que le vendió la marihuana y resulta posible que por su condición marginal no entendiera los alcances de la expresión “descripción física”, lo cual hace que no se presenten las dudas referidas en el fallo, ya que se demostró debidamente el acto de venta de estupefacientes, fuera de que al procesado se le encontraron $1.000 en monedas, o sea lo que el comprador manifestó que había pagado. Por lo tanto solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se profiera una sentencia de condena contra el acusado.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1 Competencia**

Esta colegiatura es competente para conocer sobre el recurso propuesto en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2 Problema jurídico**

En aplicación al principio de limitación de la segunda instancia, esta Corporación debe decidir si le asiste razón a la impugnante que plantea que la señora juez no analizó en su conjunto el acervo probatorio allegado al juicio, donde se profirió sentencia absolutoria en beneficio del señor LFPV. La disconformidad de la censora tiene que ver sustancialmente con la valoración que efectuó la *Aquo* sobre la existencia de la conducta punible atribuida al procesado; y ii) los fundamentos del fallo recurrido en lo relativo a la declaratoria de responsabilidad del procesado.

6.3 Según los términos del escrito de acusación, la conducta atribuida al procesado se subsumió en el artículo 376 del C.P., con la consecuencia jurídica prevista en el segundo inciso de esa norma.

Para comprobar el *factum* del escrito de acusación, la FGN, presentó una entrevista como prueba admisible, y diversos testigos en el juicio oral, con los que se introdujeron las pruebas que sustentaban su pretensión de condena en contra del procesado.

6.3.1 En primer término se debe manifestar que el SI. Jorge Osvaldo Garzón Ortiz manifestó que el 25 de septiembre de 2011 se habían recibido quejas de la comunidad sobre la venta de estupefacientes en la cancha del barrio “Laureles” de esta ciudad y que a eso de las 19.40 horas de ese día observó al procesado LFPV (a quien señaló en medio de su declaración), quien se encontraba acompañado de otro individuo, mientras efectuaba una “transacción de elementos” en la cual una persona que luego fue identificada como Jhon Wilmar Montoya *“le pasaba algo con la mano empuñada a LFPV”*, al tiempo que éste le entregaba un cigarrillo con envoltura blanca. Dijo que el señor Montoya fue requisado; procedió a entregarles un cigarrillo de esas mismas características y les manifestó que se lo había comprado a un individuo que usaba una gorra blanca y una chaqueta negra. Según lo que expuso el oficial Garzón, en ese momento LFPV arrojó al piso una bolsa que contenía 4 cigarrillos, que tenían mucha similitud con el que les entregó el señor Montoya, quien dijo que lo había pagado con tres monedas de $200 y cuatro de $100. Agregó que cuando se le hizo la requisa a LFPV se le encontraron $21.150.oo en dos billetes de $10.000, fuera de las monedas que indicó el “habitante de la calle” (Jhon Wilmar Montoya) más $150 y reiteró que esa persona había dicho que el hombre que usaba la gorra blanca era el que le había vendido el cigarrillo con marihuana. Ese individuo fue identificado como LFPV. Dijo que en el sector había otro grupo de personas pasando la calle, pero que no estaban en compañía de las que vio realizando la transacción. Expuso que en el citado parque se practicaban requisas y constantes solicitudes de antecedentes, por causa del consumo de sustancias sicoactivas, por lo cual era posible que en alguna oportunidad hubiera registrado al procesado. Aclaró que no había intervenido en ningún procedimiento que involucrara al acusado el día 24 de noviembre de 2011, ya que esa noche no había laborado.

En el contrainterrogatorio precisó que no alcanzó a ver qué era lo que el señor Montoya le pasó al acusado, y agregó que para ese momento el señor LFPV no estaba acompañado de otras personas.

En el redirecto confirmó que LFPV le entregó un cigarrillo con envoltura blanca al señor Montoya que fue el mismo elemento que este les alcanzó, el cual contenía una sustancia vegetal seca, que presentaba similitud con lo que se halló en la bolsa que arrojó LFPV quien fue señalado por el reciclador como la persona que le vendió el estupefaciente.

6.3.2 Seguidamente declaró el PT. Mauricio Cuéllar Calderón sobre el procedimiento donde fue detenido el ciudadano LFPV, quien hizo un relato similar sobre lo sucedido el 25 de septiembre de 2011, en lo que tiene que ver con la transacción que presenciaron; el hallazgo del cigarrillo en poder del señor Montoya; el hecho de que éste hubiera señalado al acusado como la persona que le vendió el material; que LFPV (a quien señaló en la sala de audiencias) trató de deshacerse de la bolsa con cuatro cigarrillos de marihuana y sobre el hallazgo de un dinero en su poder. El citado PT. dijo que el comprador de la sustancia fue llevado a la U.R.I. donde rindió una entrevista y que fueron requisadas otras personas que se encontraban al lado de la calle y se verificaron sus antecedentes. Agregó que el señor LFPV había sido requisado en otras oportunidades cuando se encontraba acompañado de otras personas sin que se le hubieran encontrado nada.

6.3.4 Se debe tener en cuenta que la FGN y la defensa estipularon entre otros los siguientes hechos: i) Que la sustancia incautada en el operativo policial efectuado el 25 de septiembre de 2011 se sometió a examen así: *“Muestra 1: peso neto de 0.6 gramos positiva para cannabis. Muestra 2: peso neto 3.6 gramos. Positiva para cannabis.”.* Igualmente se estipuló que la naturaleza de esa sustancia se había establecido de manera definitiva como cannabis por la perito Patricia Helena Zapata Martínez, adscrita al Instituto de Medicina Legal[[6]](#footnote-6). También fue objeto de estipulación el acta de incautación de elementos[[7]](#footnote-7), donde se relaciona el dinero que se le encontró al señor LFPV al momento de su captura.

6.3.5 Al examinar la prueba presentada por la FGN se observa que los miembros de la fuerza pública que intervinieron en el operativo en el cual se capturó a LFPV efectuaron un señalamiento directo en su contra, indicando que lo vieron cuando le entregaba un cigarrillo con marihuana a un “habitante de la calle” que luego fue identificado como Jhon Wilmar Montoya, quien fue sometido a una requisa donde entregó el citado cigarrillo de marihuana y expuso que la persona que usaba una gorra blanca, que fue identificada por los agentes como LFPV era quien le había vendido ese material.

6.3.6 En el recurso propuesto por la delegada de la FGN se plantea que existe certeza sobre el hecho de que el señor LFPV intervino en una transacción sobre venta de estupefacientes, donde el comprador fue Jhon Wilmar Montoya. Sin embargo hay que hacer referencia a lo que expuso el investigador Jhon Alexander Falla Vargas, sobre las labores que realizó para ubicar al señor Montoya que resultaron infructuosas, por lo cual se admitió como prueba de referencia para el juicio, la entrevista que se le tomó al citado ciudadano, portador de la C.C.94.303.052, el mismo 25 de septiembre de 2011 por la funcionaria de policía judicial Sonia Pérez Sierra[[8]](#footnote-8), documento que fue incorporado con esa testigo, quien expuso que el citado Jhon Wilmar le había dicho que era consumidor habitual de marihuana y había acudido al sector donde fue retenido a comprar su dosis diaria, que la adquirió de manos de un joven que le entregó un cigarrillo por el cual pagó $1.000, luego de lo cual fue requerido para una requisa por unos agentes.

Al examinar el contenido de la mencionada entrevista, se extraen los siguientes hechos relevantes, de acuerdo a lo que expuso el señor Montoya:

* Manifestó que laboraba como reciclador; que era “habitante de la calle”, y que era adicto al consumo de estupefacientes.
* Que la noche de los hechos se había dirigido a la cancha de futbol del Barrio Laureles a comprar un cigarrillo de marihuana.
* Que en ese lugar había un grupo de jóvenes.
* Que uno de los muchachos tenía un cigarrillo de marihuana en su mano, el cual le vendió por $1.000 que le pagó con tres monedas de $200 pesos y cuatro de $100 pesos.
* Que al retirarse del sitio, fue interceptado por unos miembros de la Policía Nacional, al igual que el joven que le vendió el estupefaciente.
* Que en la requisa que le practicaron le encontraron el cigarrillo.
* Que no tenía conocimiento sobre lo que le encontraron al citado joven.
* Que conocía a la persona que le vendió el cigarrillo ya que lo veía casi a diario en el mismo sitio; y se trataba de una persona joven, que usaba una gorra blanca, una chaqueta negra y un jean.
* Que no se fijó en sus características físicas, pero que esa persona le había vendido marihuana en varias oportunidades.

6.4 En respeto al derecho de contradicción de la prueba se debe tener en cuenta que la defensa presentó como testigos a Sebastián Pulgarín Duque, Carlos Andrés Giraldo Garzón, el señor Leonardo Pérez, padre del acusado y además ofreció el testimonio de señor LFPV.

6.4.1 El primero de los nombrados manifestó que era amigo de LFPV desde su infancia y expuso que el 25 de septiembre de 2011, a eso de las 19.40 horas, se encontraba en el barrio Laureles II del Sector de Cuba, por las canchas de fútbol, y que a esa hora llegaron unos agentes que les practicaron una requisa y luego les dijeron que se fueran del lugar, pero se quedaron con su amigo LFPV, aunque no vio que le hubieran encontrado nada, luego de lo cual se lo llevaron. Expuso que tanto él como sus compañeros eran consumidores habituales de marihuana; que días antes de los mismos patrulleros los habían requisado y los habían prevenido en el sentido de que si los volvían a ver “*los iban a cargar”,* que fue lo que sucedió con LFPV ya que en ese momento no tenían nada en su poder, sólo lo que estaban consumiendo. Dijo que nunca había perdido de vista a LFPV ya que estuvo a 10 o 15 metros y el acusado sólo estaba acompañado de los agentes. Agregó que un amigo suyo llamado Carlos le había entregado ese día la suma de $10.000 a LFPV como pago por el préstamo de un equipo.

Al ser contrainterrogado manifestó que compartía frecuentemente con LFPV, con quien tenía una buena relación de amistad y que lo que estaba manifestando era lo mismo le había dicho a un investigador de la FGN.

6.4.2 Carlos Andrés Giraldo Garzón, manifestó igualmente ser amigo de infancia del acusado, con quien sostenía una estrecha relación. Su relato fue similar al que hizo el señor Pulgarín Duque, indicando que ese día la requisa le fue practicada al grupo que integraba con Sebastián Pulgarín y LFPV y confirmó que en la fecha de los hechos le había pagado a LPFV la suma de $10.000 por el alquiler de un “play” sin que les hallaran nada. Dijo que en una oportunidad unos agentes los habían prevenido que los iban a “cargar” con estupefacientes, e incluso intentaron hacerlo con él en una oportunidad.

6.4.3 Por su parte el procesado LFPV aceptó declarar en el juicio y en lo sustancial refirió que fue capturado a esos de las 19.30 horas del 25 de septiembre de 2011 en el parque de Laureles II, luego de que hubiera consumido marihuana con los amigos suyos que declararon en el proceso. Expuso que en ese momento llegaron unos agentes y les pidieron una requisa sin encontrarles nada, luego hicieron retirar del sitio a sus compañeros que se quedaron mirando como a diez metros de distancia, por lo cual quedó solo con los urbanos y que luego uno de sus captores se dirigió a un sitio como a unos 20 metros de donde él estaba y al rato le dijo que “eso era suyo” refiriéndose a tres cigarrillos de marihuana que estaban dentro de una bolsa transparente, hecho que no fue presenciado por sus amigos Sebastián Pulgarín Duque y Carlos Andrés Pérez Garzón. El procesado manifestó que sólo se vino a enterar de la existencia de la presunta transacción de estupefacientes que le atribuían, durante las audiencias preliminares, insistiendo en que el día su captura no se les había arrimado ningún indigente y que días antes los agentes ya lo habían prevenido de que lo iban a “cargar”, y que incluso los policías habían admitido ese hecho en la audiencia preliminar. Igualmente manifestó que al momento de ser privado de su libertad, tenía en su poder $21.000, 20.000 en billetes y $1.000 en monedas.

6.4.4 El señor Leonardo Pérez Villa no entregó información sustancial, ya que no fue testigo de los hechos. Lo que expuso es que su hijo observaba un buen comportamiento y que el día antes de su captura le había dado a su hijo $10.000.

6.5 Con respecto al recurso formulado, la Sala concluye que se cuenta con prueba directa en contra del acusado, en los términos del artículo 402 del CPP, que indica sin lugar a dudas que LFPV fue la persona que le vendió el cigarrillo de marihuana al señor Jhon Wilmar Montoya, señalamiento que se encuentra confirmado con lo consignado en la entrevista que rindió el señor Montoya, que finalmente fue admitida en el juicio como prueba de referencia, de acuerdo al artículo 438 literal b) del CPP, sin que la defensa hubiera interpuesto algún recurso contra esa decisión, ya que precisamente en el documento en mención, el entrevistado dijo que la persona que le vendió el material sicoactivo usaba una gorra blanca y una chaqueta negra, lo cual coincide con lo manifestado por los uniformados que intervinieron en el procedimiento donde fue privado de su libertad el señor LFPV.

A su vez, en lo relativo al poder suasorio de las declaraciones entregadas por los testigos de la defensa Sebastián Pulgarín Duque y Carlos Andrés Pérez Garzón, que trataron de desvirtuar los fundamentos de la acusación, manifestando que no era cierto lo relativo al acto de venta de estupefacientes que se le atribuyó a su LFPV y que en realidad los miembros de la Policía Nacional habían “cargado” a su amigo, se debe decir que su fuerza de convicción se encuentra menguada, de una parte porque tenían un notorio interés en el caso, ya que manifestaron que poseían una estrecha amistad con el procesado y de la otra porque en sus versiones no hicieron referencia a un hecho esencial que fue referido por el señor LFPV sobre las circunstancias en que se produjo su detención.

Sobre este punto hay que precisar que el señor LFPV dijo en medio de su declaración que sus amigos no habían presenciado lo ocurrido cuando uno de los agentes se dirigió a unos 20 metros del sitio donde estaban el acusado y el señor Montoya, regresó con una bolsa y le preguntó a LFPB que si *“eso era suyo”,* manifestación que resulta contraria a lo expuesto por los señores Pulgarín y Garzón durante su declaración en el juicio, donde no hicieron ninguna referencia a ese hecho, pese a que aseveraron que les correspondió presenciar todo el procedimiento policivo desde la casa del testigo Carlos Andrés Pérez Garzón.

6.6 Al hacer una valoración en conjunto de la prueba practicada en el proceso, se puede concluir que la captura del señor LFPV se produjo en una clara situación de flagrancia, en los términos del artículo 301 del CPP, por incurrir en la conducta de venta de estupefacientes conforme a lo que relataron en el juicio oral los agentes Jorge Osvaldo Garzón Ortiz y Mauricio Cuellar Calderón, cuyos dichos se encuentran confirmados con otra prueba directa, teniendo en cuenta lo que expuso la señora Sonia Pérez Sierra en torno a las manifestaciones que hizo el señor Jhon Wilmar Montoya antes de rendir su entrevista sobre las circunstancias en que adquirió el cigarrillo de marihuana, y con prueba de referencia como la entrevista citada, que se introdujo al juicio con la mencionada funcionaria del CTI, donde el mismo Montoya señaló a LFPV como la persona que le vendió ese material por la suma de $1.000, para lo cual se debe tener en cuenta lo expuesto por el entrevistado, en el sentido de que la persona que le suministró esa sustancia fue la misma que estuvo retenida simultáneamente con él y usaba una gorra blanca y una chaqueta negra, lo que coincide plenamente con la manifestaciones que hicieron los agentes que dieron captura al procesado.

En ese sentido hay que manifestar que el claro señalamiento que hizo Jhon Wilmar Montoya contra el procesado en la entrevista en mención, se debe entender desde el punto de vista probatorio, dentro del concepto de “prueba de corroboración periférica”, que fue objeto de análisis por parte de esta Sala de Decisión, en una providencia dictada el 6 de agosto de 2013, dentro del proceso adelantado contra Carlos Gabriel González Escudero por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años“, M.P. Dr. Jorge Arturo Castaño Duque, donde se manifestó lo siguiente:

“(…)

*En criterio de la sala mayoritaria en el plenario sí se cuenta con otros medios de persuasión que valorados en conjunto con la prueba de referencia incorporada, son suficientes para estructurar y fundamentar una sentencia adversa a los intereses del acusado, toda vez que demuestran más allá de toda duda la ocurrencia del delito y la responsabilidad de éste en el mismo.*

*Para sustentar tal aserto, es necesario acoger lo establecido en los precedentes del órgano de cierre en materia penal con respecto a lo que se ha dado en llamar “prueba de corroboración periférica”, y, muy particularmente, el giro interpretativo que ha tenido la jurisprudencia nacional en torno al valor de las pruebas periciales en las conductas sexuales cometidas contra menores de edad.*

*En torno a lo primero –prueba de corroboración periférica- la Alta Corporación expresó en reciente pronunciamiento:*

*“[…] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.*

*En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés “para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”, entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.*

*[…]*

*Aclarado lo anterior, se advierte que el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), sino que la misma fue confirmada con otro medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados, en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[…][[9]](#footnote-9)*

*De conformidad con ese precedente, es claro que la premisa planteada por la defensora en cuanto a que el contenido de la prueba de referencia debe confirmarse con una prueba directa, no es cierto, ya que por el contrario éste puede corroborarse “por cualquier medio” en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios.”*

6.7 Con base en lo expuesto anteriormente, la Sala debe decir que no comparte los argumentos del fallo de primer grado, en el sentido de que la entrevista que rindió el comprador de la sustancia alucinógena, vino a afectar los presupuestos de la acusación, ya que parecía una “lección aprendida”, lo que puede entenderse como una manifestación subyacente de que el señor Jhon Wilmar Montoya fue preparado o aleccionado antes de ese acto de investigación, donde señaló al incriminado como la persona que le vendió el estupefaciente, frente a lo cual cabe replicar que ese presunto direccionamiento del entrevistado no pasó de ser una suposición de la juez de primer grado, ya que esa entrevista fue recibida por la funcionaria del CTI Sonia Pérez Sierra, es decir por una persona que fue ajena al procedimiento donde se dio captura al señor LFPV, quien se limitó a consignar lo que expuso el entrevistado.

Además se considera que tampoco resultaba relevante que el señor Montoya hubiera manifestado que no recordaba las características físicas de quien le vendió el estupefaciente pese a que le había comprado marihuana en varias oportunidades, ya que lo sustancial fue que siempre expuso que esa persona fue retenida por los agentes luego de que le entregara el estupefaciente, para lo cual resulta ilustrativo lo que expuso en su conferencia así: *“…salió uno solo que fue el que me vendió un cigarrillo de marihuana… me lo vendió en mil pesos… le di tres monedas de doscientos y cuatro monedas de cien pesos… a unos pasitos me cogió la policía, al joven lo cogió también la policía en ese mismo sitio casi ahí juntos estábamos los dos…”.*

Igualmente se debe manifestar que no se puede tomar en favor del acusado lo que expuso el entrevistado en el sentido de que a LFPV no le habían encontrado nada al momento de ser requisado, ya que esa manifestación no desvirtúa lo que dijeron los agentes Garzón Ortiz y Cuéllar Calderón, ya que estos nunca manifestaron que se encontraron cigarrillos de marihuana en poder del señor LFPV, y por el contrario indicaron que su detención se debió a dos circunstancias específicas: : i) haber visto el momento en que el acusado le entregaba un cigarrillo con envoltura blanca a Jhon Wilmar Montoya, el cual según se comprobó ulteriormente, contenía marihuana; y ii) haber observado que el mismo LFPV arrojó un paquete, que contenía 4 cigarrillos del mismo elemento con presentación similar al que se encontró en poder del señor Montoya.

Adicionalmente hay que dejar en claro que la Sala no comparte otro de los argumentos del fallo de primer grado, donde se dijo lo siguiente: “…*estamos frente a comportamientos que no alcanzan a configurar conducta delictiva porque, cuando se trata de suministro o de llevar consigo, debe superarse la cantidad de 20 gramos tratándose de marihuana para que pueda hablarse dela comisión de una conducta delictiva…”,* ya que esa manifestación contraviene totalmente el artículo 2º literal j) de la ley 30 de 1986 *in fine,* que opera como norma de reenvío en el presente caso, el cual dispone claramente lo siguiente: *“No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta”.*

6.8 Por las razones expuestas se revocará el fallo de primer grado y en su lugar se dictará sentencia condenatoria en contra el ciudadano LFPV por la violación del artículo 376 del C.P. bajo la inflexión verbal “vender”, conforme a la acusación que se formuló en su contra.

6.9 **Dosificación punitiva**

En atención a la cantidad y tipo de estupefaciente decomisado en el operativo policial, la consecuencia jurídica de la conducta que se atribuye a LFPV es la que se encuentra prevista en el numeral 2º del artículo 376 del CP, que establece una pena de 64 a 108 meses de prisión. Al dividir el ámbito punitivo de movilidad, los cuartos quedan determinados así:

|  |  |
| --- | --- |
| Cuarto mínimo | De 64 M a 75 M |
| Cuartos medios | De 75 M 1 D a 97 M |
| Cuarto máximo | De 97 M 1 D a 108 M |

Al no concurrir ninguna causal de mayor punibilidad, se partirá del límite inferior del primer cuarto de pena es decir de 64 meses de prisión y multa equivalente a 2 smlmv, siguiendo los lineamientos del inciso 2º del artículo 61 del CP.

Como la pena impuesta excede el límite objetivo previsto en el artículo 63 del C. P. modificado por el artículo 29 dela ley 1709 de 2014, no se concederá la condena de ejecución condicional al sentenciado. En atención a lo dispuesto en el artículo 450 del CPP y el precedente CSJ SP del 30 de enero de 2008, radicado 28918 se ordenará la captura del señor LFPV para que entre a descontar la pena impuesta.

**6.10 Consideraciones adicionales derivadas de la aplicación de la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014 de la Corte Constitucional:**

6.10.1 En decisión del 10 de marzo del año en curso cuyo ponente fue el Dr. Manuel Yarzagaray Bandera[[10]](#footnote-10), esta Sala hizo el siguiente análisis sobre los efectos del precedente contenido en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014.

*“(…)*

*“En lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en sede de 2ª instancia, en cumplimiento de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidos de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de 1 año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, la Sala es del criterio que en contra del presente proveído de 2ª instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia aludida debe ser considerada como una 1ª sentencia condenatoria, procedería el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.*

*Sobre lo anterior, a fin de ofrecer una mejor claridad sobre lo decidido en el tema de los recursos, la Sala considera de utilidad traer a colación apartes de lo resuelto por la Corte Constitucional en la enunciada sentencia C-792/2014:*

*“Lo anterior sugiere que a la luz de la jurisprudencia constitucional, existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se expide en el marco de un proceso penal.*

*Con fundamento en este precedente, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales que limitan, restringen o anulan la facultad de impugnación de fallos condenatorios o adversos a una de las partes en el marco de procesos penales de única instancia (sentencia C-019 de 1993), de procesos disciplinarios de única instancia (sentencias C-017 de 1996, C-345 de 1993 y C-213 de 2007), o de procesos única instancia de otra naturaleza.*

*De igual modo, reconociendo la existencia de tal derecho, este tribunal ha declarado la exequibilidad de normas que permiten que en sede de casación se revoquen fallos absolutorios de primera y de segunda instancia y se imponga una condena por primera vez en esta etapa (sentencia C-998 de 2004), de disposiciones que establecen procesos penales de única instancia para los aforados (sentencias C-142 de 1993, C-411 de 1997 y C-934 de 2006), o de normas que establecen procesos de única instancia en otras materias (sentencias C-280 de 1996, C-040 de 2002, C-254 de 2012 y C-718 de 2012). En todos estos casos la Corte dejó a la salvo la constitucionalidad de los preceptos legales, pero no porque considerase que el derecho a controvertir el primer fallo que se impone en un proceso penal puede ser exceptuado, sino sobre la base de otro tipo de consideraciones: (i) en principio, los estándares derivados del derecho a la impugnación no son aplicables a materias distintas al derecho penal; (ii) la oposición a fallos condenatorios se puede ejercer a través de mecanismos alternativos a la apelación, aunque no den lugar a una nueva instancia; (iii) los sujetos que cuentan con fuero constitucional en materia penal o con una garantía equivalente, no son titulares de este derecho.*

*En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de la segunda instancia; (iii) dado que mediante el derecho a la impugnación se pretende brindar una herramienta calificada y reforzada de defensa a las personas que son objeto del poder punitivo del Estado, y dado que esta defensa sólo se puede ejercer si existe la posibilidad de controvertir aquella decisión judicial que materializa esta facultad sancionatoria, la prerrogativa constitucional se debe poder ejercer, al menos, frente al primer fallo que declara la responsabilidad penal, incluso cuando esta se dicta en la segunda instancia; (iv) de entenderse que el derecho a la impugnación se agota con la posibilidad de controvertir la sentencia judicial de primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia, en contravía del principio hermenéutico del efecto útil; (v) esta línea hermenéutica es consistente con la de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos que consagran el mencionado derecho, y en particular, con la que ha acogido el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (vii) por su parte, aunque hasta el momento la Corte Constitucional no ha abordado directamente este problema jurídico, y sus reflexiones en torno a la derecho a la impugnación se han hecho en el marco de la garantía de la doble instancia, por lo que no existen consideraciones autónomas en este sentido, la jurisprudencia sí reconoce el derecho a atacar las providencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un juicio penal.*

*(…)*

*De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el contenido de la decisión judicial objeto del recurso.*

*(…)*

*Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; (v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena……”[[11]](#footnote-11).*

6.11 Con base en el precedente en mención, la Sala considera que al haberse revocado la sentencia de primer grado, se entiende que esta decisión viene a ser el primer fallo que declara la responsabilidad penal del señor LFPV por la conducta por la cual fue acusado, por lo cual se debe dar aplicación al tercer inciso del artículo 176 del CPP, en lo relativo al recurso de apelación que eventualmente sea interpuesto contra la presente decisión, que en su caso será tramitado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 179 *ibídem,* modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

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: REVOCAR** la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2012 por parte del Juzgado 4º penal del Circuito de Pereira, en la cual se absolvió al señor Luis Fernando Pérez Villada, por la violación del artículo 376 del CP.

**SEGUNDO:** En consecuencia se condena al procesado a la pena 64 meses de prisión y multa de 2 smlmv para el año 2011, y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**TERCERO**: No se concede el subrogado de la condena de ejecución condicional al señor Luis Fernando Pérez Villada, por no reunirse en su caso el factor objetivo exigido por el artículo 63 del CP. En consecuencia se ordenará su captura para que entre a descontar la pena impuesta. Se le abonará el tiempo que estuvo privado de su libertad desde el 26 de septiembre de 2011 al 21 de junio de 2012.

**CUARTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión procede el recurso de apelación, según el precedente contenido en la sentencia C- 792 del 29 de octubre de 2014 de la Corte Constitucional, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley, conforme al artículo 179 de la ley 906 de 2004.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

1. Folios 3-6, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 5 a 6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 9 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 12 a 13 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 29 y 33 vto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver folios 19 a 26 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 27 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 31 a 32 [↑](#footnote-ref-8)
9. C.S.J, Casación penal del 04-06-13, radicado 40893. [↑](#footnote-ref-9)
10. Proceso radicado 66682 60 00 048 2011 00135. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional: Sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-11)