**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 588 del 30 de junio de 2016

H: 08:30

Pereira, ocho (8) de julio de Dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 09:13

Procesados: JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO y JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado

Rad. # 66682 60 000 48 2012 00311 01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión:

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 11 de abril de 2013 por parte del Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados **JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO** y **JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA** por incurrir en la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos que dieron génesis a la presente actuación procesal tuvieron ocurrencia en el Km 17 más 200 mts., sector el Jazmín, en vía nacional que del municipio de Santa Rosa conduce a la población de Chinchiná- Caldas, cuando siendo las 10:20 horas aproximadamente, del día 1 de junio de 2012 una patrulla de la Policía de carreteras le hizo señal de pare a un vehículo tipo camión de marca Ford y placas SYJ 024 conducido por el señor JOSÉ JAIR MONTOYA y acompañado por JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA y al ser revisada la carga, encuentran unos bultos con características diferentes a la gran mayoría, motivo por el cual proceden a revisarlo y gracias a dichas labores se pudo encontrar 50 paquetes con sustancia con características similares a estupefacientes, que en el examen de P.I.P.H. arrojó positivo para cocaína en un peso neto de 45 kilos y 34 gramos. Debido a ello los dos mencionados fueron capturados y puestos a disposición de la autoridad competente.
2. Al día siguiente -2 de junio de 2012- fueron presentados ante el juzgado Tercero penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Pereira, despacho este que declaró legal su captura y posterior a la comunicación de imputación por la presunta comisión del ilícito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado en la modalidad de transportar, se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.
3. El 29 de agosto de 2012 fue presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta localidad, ante el cual, en las calendas del 6 de septiembre del 2.012 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía le endilgó cargos a los Procesados **JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO** y **JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA** por elilícito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado en la modalidad de transportar.
4. La audiencia preparatoria se efectuó el 18 de octubre de 2.012, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones llevadas a cabo los días 22, 23 y 25 de enero de 2013. Finalizada las etapas propias del juicio, se anunció el sentido del fallo, el cual fue de carácter condenatorio. Luego, el 11 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia de lectura del fallo, en la cual, a su finalización, la Defensa interpuso recurso de apelación el que posteriormente fue sustentado por escrito de manera oportuna.[[1]](#footnote-1)

**EL FALLO APELADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 11 de abril de 2013 por parte del Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados **JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO** y **JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA** por incurrir en la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado en la modalidad de transportar, quienes fueron condenados a purgar una pena de 264 meses de prisión y una multa de 2.751 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para poder pregonar la responsabilidad criminal de los acusados **MONTOYA ROSERO** y **RAMÍREZ ORTEGA**, inicialmente el *A quo* partió del supuesto consistente en que en el proceso estaba plenamente acreditada la ocurrencia del hecho, es decir, la tipicidad objetiva no presentaba discusión alguna.

Respecto de la tipicidad subjetiva de la conducta realiza la valoración de los testimonios[[2]](#footnote-2) allegados a juicio por parte de la defensa para concluir que de su análisis no se extraía los elementos necesarios para desvirtuar la acusación realizada por la Fiscalía, al encontrar en ellos declaraciones superfluas como la de Carlos Hugo Hernández quien solo relató que estuvo al momento del trasbordo de la papa, pero tampoco de toda ya que faltando 10 bultos el ayudante del camión se hizo cargo, y sospechosas como la de la señora Parra Ledesma al no saber los nombres de las personas con las cuales había negociado la papa, y afirmarse por parte del *A quo* que se trabajaba a perdida, después de realizar cálculos matemáticos sobre la inversión y el producido al venderse cada bulto a $40.000, como lo había hecho saber esta testigo, en su calidad de dueña de la carga. Le otorga valor a la prueba presentada por la Fiscalía debido a la captura en flagrancia y la falta de explicaciones por parte de los transportistas, para edificar así, de forma indiciaria una responsabilidad reprochada de los encartados, acorde al análisis del material probatorio.

Argumentado sobre la responsabilidad endilgada, el señor Juez de primera instancia ponderó la sanción penal a imponérseles en 264 meses de prisión y multa de dos mil setecientos cincuenta y uno (2.751) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

En un escrito extenso, poco técnico e inteligible el apoderado de los encausados presenta el sustento del disenso y las razones o motivos por los cuales discrepa del contenido del fallo confutado radican en que las pruebas allegadas al proceso no comportaban la suficiente solidez para edificar un fallo condenatorio en contra de los procesados debido a que el Juez *A quo* impuso la inversión de la carga de la prueba exigiendo a la defensa demostrar la no responsabilidad de los acusados. Además no se había tenido en cuenta las contradicciones en las cuales incurrieron los efectivos de la policía al momento de realizar la captura, el transporte y el pesaje de la sustancia estupefaciente encontrada. Que no fueron objeto de valoración racional las pruebas por él aportadas debido a que habían quedado incólumes, ya que no habían sido rebatidas ni anuladas dentro de juicio. Y por último que no se observó por parte del *A quo* que sus defendidos habrían actuado bajo un error de tipo ante el desconocimiento de la sustancia ilegal que llevaban dentro del producto agrícola transportado.

Deja de presente esta Colegiatura que los señores aquí encausados presentaron sustentación al recurso de apelación, memorial que no será tenido en cuenta por haberse presentado de manera extemporánea al habérseles vencido el termino el día 18 de abril de 2013 y el escrito fue presentado ante la oficina jurídica el día 19 de abril de la misma anualidad.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal Especializado que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Corporación, según las voces del # 1º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidades sustanciales o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a las partes y demás intervinientes, que de manera negativa pueda incidir para que esta Sala de Decisión se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

- Problema Jurídico:

En opinión de la Sala, del contenido de las farragosas razones del disenso expresadas por el apelante en la alzada, se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Con las pruebas aducidas a juicio por parte del Ente Acusador, se logró demostrar, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal presuntamente endilgado en contra de los Procesados JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO y JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA por incurrir en la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado?

- Solución:

Como punto de partida para solucionar el problema jurídico que le ha sido propuesto a esta Colegiatura, la Sala tendrá que en la actuación está plenamente acreditado, como hecho cierto e irrebatible, el relacionado con el hallazgo en un camión conducido por el Procesado JOSÉ JAIR MONTOYA, quien viajaba en compañía de JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA, de 50 paquetes de una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína, los que arrojaron un peso neto de 45 kilos y 34 gramos, el cual venia mimetizado en un cargamento del papas.

Lo anterior se desprende de las atestaciones de los policiales CARLOS ANDRÉS CARDONA, ALEXANDER CASTAÑEDA y JORGE IVÁN MONCADA, quienes de manera clara, concisa y precisa expusieron las razones de tiempo, modo y lugar que dieron origen a la captura en flagrancia de los Procesados JOSÉ JAIR MONTOYA y JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA[[3]](#footnote-3).

Es de anotar que las pruebas que acreditan la captura en flagrancia de los Procesados, aunado a la ausencia de justificación o más bien a la insatisfactoria justificación dada respecto del cargamento de estupefacientes que transportaban en el camión, se erigieron en las piedras angulares en virtud de las cuales el *A quo* edificó el fallo condenatorio, razón por las que las baterías del alambicado recurso de apelación interpuesto por la Defensa se enfilaron en tumbar esos cimientos, al proponer la tesis consistente en que en el presente asunto no se satisfacían los presupuestos requeridos por el articulo 381 C.P.P. para poder dictar un fallo de condena por lo siguiente:

1. Las pruebas aducidas por la Fiscalía no desvirtuaron la presunción de inocencia que le asistía a los Procesados.
2. Tuvo ocurrencia una inversión de la carga probatoria, al exigírsele a la defensa aspectos que no le incumbían demostrar.
3. No se apreciaron en debida forma las pruebas aducidas por la Defensa al Juicio.
4. La Defensa demostró la ocurrencia de un error de tipo bajo cuyo influjo actuaron los procesados.

Respecto del primer reproche que la Defensa efectúa en contra del fallo opugnado, la Colegiatura considera que no le asiste la razón al recurrente, y para ello debemos tener en cuenta, como bien lo dijimos con antelación, que el *A quo* cimentó la sentencia confutada en los supuestos probatorios relacionados con la captura en flagrancia de los Procesados y las insatisfactorias explicaciones que surgían para justificar por qué transportaban de manera mimetizada en un cargamento de papas la sustancia estupefaciente encontrada por los efectivos de la Policía Nacional, lo cual para la Sala sería más que suficiente como para cumplir con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena, si nos atenemos a lo siguiente:

a) La flagrancia en nuestro sistema procesal detenta una doble condición, puesto que además de servir como presupuesto que permite o posibilita de manera excepcional la captura de una persona sin necesidad de orden previa expedida por autoridad judicial competente, también se erige como evidencia procesal, la cual válidamente puede ser utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al encausado.

Frente a lo anterior, de vieja data la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, al analizar el tema de la flagrancia, expuso lo siguiente:

“La Jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una "evidencia procesal", en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible…..”[[4]](#footnote-4).

b) En aquellas hipótesis en las cuales se demuestre que no se le debe conceder u otorgar credibilidad a las pruebas de descargos, ya sea como consecuencia de las graves contradicciones e inconsistencias en las que incurrieron los testigos de la Defensa, en especial en los eventos en los que el Procesado decidió renunciar al derecho que le asiste a guardar silencio para testificar en su propia causa, o porque existan pruebas que a su vez desvirtúen y tornen en mendaz todo aquello que se pretende demostrar con las prueba de descargo, válidamente podrían generar consecuencias procesales adversas a los intereses del llamado a juicio, ya que la acreditación de que mintió en su testimonio se podría constituir como hecho indicador del indicio de falsa justificación.

Sobre las consecuencias procesales que podría generar la demostración de las manifiestas mendacidades en las que eventualmente incurra el Procesado en sus dichos cuando decide declarar en el juicio en calidad de testigo, acorde con la línea jurisprudencial que de manera pacífica ha sido trazada por parte de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5), se tiene que el Juzgador de instancias puede erigir indicios de ese tipo de comportamientos procesales que podrían redundar en contra de los intereses del Procesado. Así, a modo de ejemplo, en aquellos casos en los que las manifestaciones contrarias a la realidad se hagan con el propósito de avalar una tesis exculpativa invocada en su favor por el procesado, dichas pruebas se constituirían en hechos indicadores del indicio de falsa justificación.

Para una mejor ilustración de lo antes expuesto, o sea respecto de la facultad que tiene el Juzgador de instancia de deducir indicios como consecuencia de que se haya comprobado que las manifestaciones del procesado, cuando acude al juicio en calidad de testigo, ha sido falaces, y como se debe apreciar ese evento, bien vale la pena traer a colación lo que al respecto ha sido el sentir de la Corte en esas hipótesis:

“Sobre la mentira y la mala justificación, la Sala tiene dicho que si bien en virtud de la garantía de no autoincriminación, en armonía con la de presunción de inocencia, el imputado además de estar facultado para guardar silencio no puede ser objeto de apremio o coacción de ninguna clase, y que es el Estado al que por tener la carga de la prueba de la responsabilidad de aquél le compete verificar o desvirtuar su responsabilidad, cuando este hace manifestaciones falsas, como ocurrió en el presente asunto, se consolidan efectos que el funcionario judicial puede extraer por medio del tamiz de la crítica probatoria, aunque resulten perjudiciales a los intereses del procesado.

En consecuencia, cuando se observan mentira y mala justificación *per se* no emerge un indicio de responsabilidad porque a partir de ellas no es posible inferir un nuevo ser diferente; pero cotejadas tales falsedades con los elementos materiales probatorios, la evidencia física y los testimonios recogidos en el juicio oral, resultando que de manera armónica y convergente permiten descartar la duda razonable que impide proferir sentencia de condena, los medios probatorios de naturaleza indirecta robustecen la desaparición de cualquier perplejidad sobre la responsabilidad del acusado, haciéndose de esa manera más fiable el contenido de justicia que aparece en la decisión de condena…….”[[6]](#footnote-6).

Por lo tanto, si en el caso en estudio se tiene que de los medios de conocimiento aducidos al juicio se estaba en presencia de pruebas que acreditaban la captura en flagrancia de los procesados, aunadas a las insatisfactorias y poco convincentes explicaciones dadas por uno de ellos -JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO- en el juicio para ofrecer una justificación del por qué transportaban la sustancia estupefaciente que resultó incautada por parte de efectivos de la Policía Nacional, a lo que se le debe sumar la poca credibilidad que afloraba de lo dicho por parte de los testigos NURY PARRA LEDESMA y CARLOS HUGO HERNÁNDEZ[[7]](#footnote-7), la Sala considera que acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, con esos elementos de juicio válidamente se podía desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía a los Procesados JOSÉ JAIR MONTOYA y JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA, ya que además de estar demostrado que como consecuencia de haber sido sorprendidos transportando la sustancia estupefaciente, lo cual permitía inferir su posible participación en la comisión del reato, al no ofrecer una explicación plausible sobre el por qué transportaban esos narcóticos, afín con el apotegma consistente en que: *“quien no da una explicación coherente o satisfactoria de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece….”*, hace inferir su posible responsabilidad criminal en la comisión de tales hechos.

En lo que tiene que ver con el segundo de los reproches, es un hecho cierto que según lo consignado tanto en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta como en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe al Estado por intermedio de su órgano persecutor, en este caso la Fiscalía General de la Nación. Asimismo es claro que dicha carga probatoria no se puede invertir, como de manera excepcional lo pregona la teoría de *la carga dinámica de la prueba* reglamentada en el inciso 2º del articulo 167 C.G.P. pero, acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio y según los postulados que orientan el denominado principio de «*La incumbencia probatoria»,* tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una tesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones no se encuentre eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida.

Sobre lo anterior, bien vale la pena traer a colación las sabias enseñanzas que en tal sentido ha expuesto la Corte en los siguientes términos:

“La presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que *“una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori”*. (Cfr. Corte Constitucional sentencia C-205-03).

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que *“corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal*, y que *“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”*. Es decir, el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2).

 (…)

Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. *“Esto es así, porque ante la duda de la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”* (Sobre el punto, véase Corte Constitucional sentencias C-252-01, C-774-01, C-416-02, y C-205-03.).

Dado que la carga de la prueba de responsabilidad no puede ser invertida, tampoco admite someterla a las reglas de la carga dinámica de la prueba.

(…)

El Código General del Proceso *(art. 167)*, establece el principio general según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y, en forma excepcional, ***faculta al juez*** para que de oficio o por solicitud de parte, según las particularidades del caso, pueda ***distribuir la carga*** *al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar,* ***exigiendo probar determinado hecho a la parte*** *que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*.

No obstante, esta tesis no es de recibo en el proceso penal si se trata de demostrar los elementos del delito y su conexión con el acusado *(prueba de responsabilidad)*, por así prohibirlo de manera clara y contundente el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, el cual fija en el órgano de persecución penal la carga de la prueba de responsabilidad, en desarrollo del artículo 29 Superior y los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, que garantizan la presunción de inocencia durante todo el trámite del proceso hasta la sentencia en firme que la desvirtúe.

De admitirse su empleo para el fin anotado *(acreditar responsabilidad)*, además de transgredir al ordenamiento, se romperían los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio alusivos al equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria, pues acorde con la definición legal *(art. 167 C.G.P)*, a través de ese principio se le asignaría la facultad de imponer al acusado el deber de demostrar la materialidad del delito y su responsabilidad, cuando considere que ese sujeto procesal se halla en mejores posibilidades de hacerlo que la Fiscalía.

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…….”[[8]](#footnote-8).

Al aplicar lo anterior, se observa que en el fallo confutado el Juez de primer nivel rechazó por insuficiencia probatoria la tesis propuesta por la Defensa en el sentido que los Procesados debían ser considerados como ajenos a los cargos endilgados en su contra, en atención a que fungieron en la comisión del reato a título de meros instrumentos, lo que dio pie para que la Defensa en la alzada discrepara de lo resuelto y decidido por el *A quo,* al argumentar que con una decisión de tal tenor se estaba invirtiendo la carga de la prueba, al exigirle a la Defensa demostrar hipótesis que no le competían demostrar.

En opinión de la Sala, el *A quo* en ningún momento invirtió la carga probatoria y por el contrario actuó en consecuencia con los preceptos del postulado del aludido principio de *la incumbencia probatoria*, puesto que si la Defensa propuso la tesis consistente en que como consecuencia de un vil engaño los Procesados fueron instrumentalizados o cosificados, por lo que no podían ser considerados como penalmente responsables, era obvio que para socavar la teoría del caso propuesta por la Fiscalía, la cual se cimentó en la captura en flagrancia de los procesados aunada a la ausencia de justificación de la conducta punible, la Defensa debió traer al juicio pruebas con las cuales de manera incuestionable se acreditarán aspectos relevantes para su tesis tales como: a) El contrato de transporte relacionado con el cargamento de papa que la Sra. NURI PARRA LEDESMA aseveró que suscribió o acordó con un vehículo para que le trasportará dichos tubérculos desde el municipio de Totoró hasta Medellín; b) Las razones que justificaban y demostraban la estadía de los Procesados en la ciudad de Cali, más exactamente en central de abastecimiento denominada *“CAVASA”*; c) El contrato de transporte suscrito o acordado entre los camioneros que inicialmente trasportaban el aludido cargamento de papa y los ahora Procesados.

Es de anotar que la Defensa para demostrar su hipótesis llevó al juicio los testimonios de NURY PARRA LEDESMA; JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO y CARLOS HUGO HERNÁNDEZ, pruebas estas que en opinión de la Colegiatura, respaldando lo aseverado por el *A quo,* por si solas no eran suficiente para acreditar lo perseguido por la Defensa ni para desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, por lo siguiente:

* No encontramos en presencia de dos (2) testigos que por detentar un interés en los resultados del proceso, sus dichos deben ser apreciados con mayor rigor y con beneficio de inventario.

Nos referimos a los testimonios rendidos por NURY PARRA LEDESMA y JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO, quienes respectivamente fungían en los roles de propietaria de la carga y procesado. Así tenemos que es obvio que la Sra. PARRA LEDESMA procure ofrecer una versión un tanto parcializada y acomodaticia de lo acontecido, puesto que de una u otra forma el hallazgo de los narcóticos conllevaría a que ella tenga que dar explicaciones satisfactorias de lo acontecido, las que, ante lo gaseosas, abstractas e imprecisas, no cumplen con las expectativas requeridas; mientras que JOSÉ JAIR MONTOYA, por su condición de acusado, por obvias razones procurará por todos los medios desligarse de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

* Lo dicho por CARLOS HUGO HERNÁNDEZ, quien afirmó desempeñarse como cotero y ser la persona que ayudó en el trasbordo del cargamento de tubérculos, en caso que lo dicho por este testigo sea cierto y veraz, en su esencia no le aporta nada útil a la hipótesis propuesta por la Defensa, en atención a que el testigo es claro en aseverar que no participó en todo el procedimiento de descargue y cargue, ya que faltando unos bultos de ese procedimiento se hizo cargo el ayudante del camión, lo que da margen para pensar que, en el evento que este Testigo diga la verdad, posiblemente se abrió un compás para que al camión, con la anuencia del ayudante, se mimetizaran los narcóticos en el cargamento de tubérculos.

Ahora, finalmente en lo que tiene que ver con los reproches formulados por la Defensa en el sentido que los Procesados actuaron bajo la egida del error de tipo consagrado en el # 10º del articulo 32 C.P. porque supuestamente fueron engañados por el camionero que los contactó para trasbordar el cargamento de tubérculos del que desconocían que en el mismo se encontraba mimetizados los narcóticos posteriormente encontrados por efectivos de la Policía Nacional, considera la Sala que la tesis propuesta por la Defensa es errada, porque hipótesis de ese tipo no se amoldarían a un error de tipo, el cual se caracteriza por el conocimiento o la creencia equivocada que tiene el sujeto activo respecto los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, lo que trae como consecuencia que se presente un ostensible divorcio entre la realidad real y aquella que de manera equivocada solo existe en la psiquis del procesado, sino en un típico caso de autoría mediata, en la cual una persona se vale de otra como instrumento para que de manera inconsciente perpetre el delito. Es de anotar que en los casos de autoría mediata la persona que es instrumentalizada o cosificada no responde penalmente por ausencia de juicio de reproche en su conducta, lo que excluiría el requisito de la culpabilidad.

Esclarecido el yerro dogmático en el que incurrió la Defensa en su tesis, la Sala considera que las pruebas aducidas al juicio para demostrar esa hipótesis no son lo suficientemente contundentes para demostrar el fenómeno de la cosificación, y para ello nos remitimos a todo lo dicho en los párrafos anteriores en los cuales expusimos las razones por las que se debía poner en tela de juicio lo dicho por los testigos NURY PARRA LEDESMA y JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO, aunado a lo superfluo de lo dicho por parte del también testigo CARLOS HUGO HERNÁNDEZ.

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

* La Fiscalía con las pruebas aducidas al juicio logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía a los Procesados, y por ende ese acervo probatorio cumplía con los requisitos requeridos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena.
* El *A quo* con lo resuelto y decidido en ningún momento invirtió la carga de la prueba, puesto que era válido exigirle a la Defensa el cumplimiento de ciertas cargas probatorias en aquellos eventos en los cuales pretenda proponer una tesis para revalidar la propuesta por la Fiscalía.
* Se deben catalogar o considerar como insuficientes las pruebas aducidas por la Defensa para demostrar que los Procesados fueron instrumentalizados o cosificados y por ende actuaron sin dolo.

Siendo así las cosas, considera la Sala que no le asiste la razón la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada y más por el contrario el *A quo* estuvo atinado en todo aquello que fue de reclamo o de censura, razón por la cual se concluye que el fallo confutado deba ser confirmado en todas sus partes.

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 la sentencia proferida el 11 de abril de 2013 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO y JOSÉ HUILMAR RAMÍREZ ORTEGA por incurrir en la comisión del delito Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

SEGUNDO: Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ

Magistrado

1. Se observa escrito de sustentación del recurso por parte de los encartados, escrito que no será tenido en cuenta por haberse presentado de manera extemporánea al habérseles vencido el termino el día 18 de abril de 2013 y el escrito fue presentado ante la oficina jurídica el día 19 de abril de la misma anualidad. [↑](#footnote-ref-1)
2. Nhury Parra Ledesma, Carlos Hugo Hernández, José Jair Montoya Rosero [↑](#footnote-ref-2)
3. Bien vale la pena destacar que si bien es cierto que los Testigos incurrieron en contradicciones, las mismas se deben refutar como nimias en atención a que no afectan el núcleo esencial de sus dichos: El hallazgo de los narcóticos mimetizados en el cargamento de papas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte constitucional: Sentencia # C-024/94. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver entre otros: la Providencia del 6 de abril de 2.005. Rad. # 23154; la Sentencia del 9 de febrero de 2006. Rad. # 22682; la Sentencia de 7 de julio de 2008. Rad. # 29374 y la Sentencia del 8 de octubre de 2008. Rad. # 29310. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del Siete (7) de Julio de 2008. Rad. # 29374. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [↑](#footnote-ref-6)
7. De lo cual se ahondará más adelante, cuando la Sala exponga por qué no se le debe creer a lo dicho por los testigos de descargos JOSÉ JAIR MONTOYA ROSERO; NURY PARRA LEDESMA y CARLOS HUGO HERNÁNDEZ [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 1ª instancia del ocho (08) de septiembre de 2015. SP12772-2015. Radicación n° 39419. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-8)