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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia - 31 de marzo de 2017

Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2012 04282 01

Acusado: JUAN DIEGO OSORIO ALZATE

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: VENTA DE ESTUPEFACIENTES / NO SE DESVIRTUARON LAS VERSIONES RENDIDAS POR LOS AGENTES QUE INTERVINIERON EN LA CAPTURA.** “[L]a conducta atribuida al procesado se subsumió en el artículo 376 del C.P., bajo la inflexión verbal de “venta”. Para comprobar el *factum* de la acusación, la FGN, presentó prueba testimonial proveniente de los agentes que intervinieron en el procedimiento en el que se dio captura al implicado, lo mismo que una prueba de referencia contenida en la entrevista que rindió el señor Johan Alexánder Carmona Ospina, señalado como el comprador de la sustancia sicoactiva que le entregó el procesado. En virtud de la estipulación celebrada entre la FGN y la defensa quedó establecido que la sustancia decomisada en el operativo donde se dio captura al señor Osorio Alzate era marihuana. (…) [L]a Sala debe decir que no comparte los argumentos de la defensora del procesado, en el sentido de que no se debe otorgar credibilidad a las manifestaciones de los miembros de la fuerza pública que detuvieron a su representado, ni a lo consignado en la entrevista que rindió el señor Carmona Ospina, aduciendo frente a esta última prueba que esa persona pudo haber sido aleccionado por los integrantes de la Policía para que entregara una especie de “lección aprendida” a efectos de incriminar al señor Osorio, lo que puede entenderse como una manifestación subyacente de que el adquirente de la marihuana fue presionado para que hiciera esas manifestaciones en su entrevista. Frente a lo anterior se puede replicar que ese presunto direccionamiento del entrevistado no pasa de ser una suposición de la censora, que no encuentra respaldo en ningún otro medio de convicción allegado al proceso, fuera de que la parte sustancial de la citada entrevista confirmó los cargos lanzados por los agentes contra el procesado por el acto de venta de estupefacientes por el que fue acusado. (…) [L]a Sala considera que las manifestaciones del procesado Osorio Alzate, según las cuales fue capturado por haber comprado una dosis de marihuana por su condición de adicto al uso de estupefacientes (situación que se puede deducir de las evidencias antes mencionadas que fueron estipuladas con la FGN), se deben entender como un ejercicio del derecho a la defensa material, mas no constituyen prueba suficiente para desvirtuar las manifestaciones que hicieron los agentes captores, que se repite fueron confirmadas por el comprador de la sustancia en la entrevista que fue admitida como prueba referencia dentro el proceso, que tiene la calidad de prueba de corroboración periférica, como se expuso en precedencia, en lo relativo al acto de venta de estupefacientes que se atribuyó al procesado, que fue debidamente demostrado por la FGN en el juicio oral. Por lo tanto se estima que en el caso en estudio se cumplían los requisitos del artículo 381 del CPP para dictar una sentencia condenatoria, como lo dispuso el juez de primer grado, lo que lleva a esta Corporación a confirmar la sentencia recurrida.”.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 286 del treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:04 am.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2012 04282 01 |
| Procesado | Juan Diego Osorio Alzate |
| Delito | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de conocimiento | Primero Penal del Circuito de Pereira |
| 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 defensa del señor Juan Diego Osorio Alzate, contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2013 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

2.1 ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 3 de Octubre de los corrientes, en horas de la mañana se encontraban los agentes del orden realizando patrullaje por el sector de la carrera 11 Bis con calle 13 esquila, sector céntrico sector conocido de inseguridad ciudadana por expendio y consumo de estupefacientes, observaron tres personas de sexo masculino, una de ellos vestía camiseta color negra, pantaloneta con granjas (sic) de color azul tenis color negro, el cual entregaba un billete a otra persona de sexo masculino quien vestía camiseta color amarilla, pantalón jean azul y tenis color gris, seguidamente esta persona de camiseta amarilla entrega el billete a otra persona de sexo masculino quien vestía camibuso de color azul con franjas de color blanco, pantalón jean de color gris con franjas azules y tenis color café, posteriormente la persona que tenía la camiseta amarilla entrega a la persona que tenía la camiseta negra un cigarrillo color blanco, proceden los agentes a abordar al sujeto que viste camiseta negra quien recibió un cigarrillo se identificaron como y le solicitaron le hiciera entrega de este elemento que habla acabado de adquirir a lo cual accedió constatando que se trata de un cigarrillo contentivo de material verde seco (marihuana ), se abordó al sujeto que viste camiseta amarilla quien se identificó como JUAN DIEGO OSORIO ALZATE, la otra persona el sujeto de camibuzo (sic) azul se identificó como JOSÉ ALEXÁNDER MUÑOZ MOTATO, en compañía de la persona identificada como JUAN DIEGO OSORIO, persona que vendió el cigarrillo se verifica en el marco de la puerta con nomenclatura 12 36 donde se hallan dos cigarrillos de color blanco contentivos del mismo material verde seco, a la persona que se identificó como JOSÉ ALEXÁNDER MUÑOZ, se te hallaron dos billetes de dos mil pesos y tres billetes de mil pesos, para un total de siete mil pesos, al parecer productor de la venta, se te dieron a conocer los derechos de capturados a los señores JUAN DIEGO OSORIO ALZATE y al señor JOSÉ ALEXÁNDER MUÑOZ MOTATO. Siendo dejados a deposición del fiscal de la Uri.*

*Se practicó prueba preliminar de campo al material incautado por parte del perito CARLOS ARTURO CAJAS GALÍNDEZ, arrojando el siguiente resultado: Muestra No 1, PESO NÉTO DE 1.8 GRAMOS Y MUESTRA So 2\* peso neto de 3 gramos, arrojando positivo para CANNABIS.”[[1]](#footnote-1)*

2.2 El Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, el día 4 de octubre de 2012 llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación, en la que la FGN le comunicó cargos al señor Juan Diego Osorio Alzate por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes verbo rector “vender”, previsto en el artículo 376 del CP. El señor Osorio Alzate guardó silencio frente a la imputación (folio 1-2).

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 7). El 14 de enero de 2013 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (folio 9-10). La audiencia preparatoria se surtió el 19 de febrero de 2013 (folio 13-15). La audiencia de juicio oral se realizó en sesiones del 15y 16 de mayo de 2013 (folio 16-21).

2.4 La sentencia fue proferida el 28 de agosto de 2013 (folio 59-71).

2.6 La defensora del acusado apeló la decisión de primer grado.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Se trata de Juan Diego Osorio Alzate, identificado con cédula de ciudadanía 9.870.489 expedida en la ciudad de Pereira, nacido el 4 de junio de 1981 en Pereira, es hijo de Blanca y Miguel, de ocupación oficios varios.

4. SINOPSIS PROBATORIA

4.1 ESTIPULACIONES

Se realizaron estipulaciones:

* El informe de investigador de campo que aparece suscrito por el perito Carlos Arturo Cajas Galíndez, sobre la prueba de PIPH de los elementos que fueron incautados en este caso.[[2]](#footnote-2)
* El informe de investigador de laboratorio suscrito por María Fernanda Medina, Viana perito adscrita al CTI, que corresponde al análisis químico definitivo de las muestras así: una con un peso neto de 1.4 gramos de material vegetal y otra con un peso de 2.8 gramos también de material vegetal fragmentado color verde. La perito concluyó que las muestras Nº 1 y la Nº 2 correspondían a cannabis. [[3]](#footnote-3) Por lo tanto no comparecerían al juicio el Sr. Caja Galíndez, ni la perito Medina Viana. No hubo ninguna objeción de la defensa sobre estas dos estipulaciones.

4.2 PRUEBAS DE LA FGN

4.2.1 JHON WILMER ROTAVISTA RAMIREZ (Miembro de la Policía Nacional adscrito al Grupo de Estupefacientes)

Participó en el procedimiento donde se capturó al procesado

Para el día 3 de octubre de 2012 se encontraban realizando planes contra el microtráfico de sustancias estupefacientes en la carrera 11 bis con calle 13, en el centro de Pereira, cuando a las 11.35 horas observaron a tres hombres. Uno vestía camiseta negra, otro de amarillo, y un tercero de “camibuso”.

El de la camiseta negra le entregó un billete al de camiseta amarilla, y éste hizo lo mismo con el que vestía el “camibuso” azul, lo que sucedió a plena vista de la ciudadanía.

La persona que vestía de amarillo se paró en el marco de una puerta y luego le entregó un cigarrillo de color blanco al de camiseta negra.

Abordaron a la persona que usaba la camiseta negra y luego de que se identificaron como funcionarios de la policía judicial, éste les hizo hace entrega de un cigarrillo color blanco con características de estupefaciente.

Esta persona se identificó como Alexánder Carmona, y dijo que el de camiseta amarilla le había acabado de vender un cigarrillo y le había pasado el billete al que vestía el “camibuso” azul.

Luego fueron al marco de la puerta donde efectivamente encontraron otros dos cigarrillos de sustancia estupefacientes, por lo cual fueron capturados por el delito de tráfico de estupefacientes

El señor Alexánder tenía $ 7.000 en efectivo. Se incautaron dichos elementos, y se solicitó un vehículo para realizar el traslado de los capturado a la URI para realizar la respectiva judicialización

Estaban en planes de control contra el microtráfico y en ese sector de la calle 13 bis observaron tres personas.

En ese momento se movilizaban en un vehículo.

Al bajar por la calle 13 detectaron a esas esas personas cuando realizaban la entrega del dinero y del cigarrillo. Los vieron a 10 metros de distancia aproximadamente.

Observó cuando el sujeto que vestía camisa amarilla llamado “Diego”, le entregó el cigarrillo al comprador, que fue identificado como Alexánder Carmona.

Diego vestía camiseta amarilla. Alexánder el “camibuso” azul. Alexánder Carmona que era el comprador, usaba camiseta negra.

Luego de ver a esas personas fue que las abordaron.

Vio a Juan Diego Osorio (quien vestía camiseta amarilla) cuando se trasladaba hacia el marco de una puerta.

A Alexánder Carmona se le incautó un cigarrillo con sustancia estupefaciente. A José Alexánder (sic) (comprador) le encontraron $7.000.

Vio a la persona que señaló José Alexánder Carmona como el que le había vendido ese cigarrillo. Carmona dijo que era consumidor de estupefacientes y que el individuo que usaba la camiseta amarilla fue el que le vendió el cigarrillo por $ 1.000 y luego le entregó ese billete al individuo del “camibuso” azul.

Juan Diego Osorio Álzate, fue requisado y no se le halló ningún elemento

Aparte de ese cigarrillo se incautaron dos cigarrillos más que estaban en el marco de una puerta. No recuerda la nomenclatura.

Juan Diego Osorio Alzate y José Alexánder Muñoz fueron trasladados a las instalaciones de URI. El comprador (José Alexánder Carmona) rindió una entrevista en esas dependencias.

Nunca había realizado algún procedimiento contra esas personas.

Les corresponde realizar actividades de patrullaje por ese sector, por quejas de la ciudadanía. Se trata de un sitio inseguro donde se han efectuado diferentes planes contra el microtráfico y capturas por venta de sustancias estupefacientes.

Juan Diego Osorio Álzate no realizó ninguna manifestación cuando fue capturado.

José Alexánder Muñoz fue dejado a disposición de la Fiscalía de turno URI, ya que se encontraba realizando la transacción de estupefacientes y fue capturado en flagrancia por los mismos hechos.

CONTRAINTERROGATORIO

Se encontraban realizando planes contra el microtráfico en ese sector. Hizo referencia a las actividades que se realizan para combatir el tráfico de estupefacientes. El sector donde se hicieron las capturas es reconocido como un sitio de venta de estupefacientes. Era la primera vez que veía a los capturados.

Cuando vio a las personas que mencionó, se encontraba a 10 metros del lugar donde se estaba realizando la transacción.

Desde esa distancia no lograban escuchar la conversación, pero si era posible observarlos.

Vio un billete. No puede precisar su denominación.

Observó cuando Juan Diego Osorio Álzate quien usaba camiseta amarilla, le entregó a la persona que vestía camiseta negra un cigarrillo de color blanco, que tomó de una puerta.

No sabe cuántos cigarrillos entregó, ni vio la denominación del billete

La observación de la transacción antes de la captura de esas personas fue en cuestión de segundos.

Procedieron a aprehender a esas tres personas al momento de realizar la transacción.

Juan Diego Osorio Alzate no tenía en su poder sustancias estupefacientes, ni dinero.

El efectivo le fue hallado al señor José Alexánder Muñoz Motato.

La sustancia fue encontrada en el marco de una puerta.

No observaron ninguna otra transacción. Vieron el traslado de la persona hacia el marco de la puerta

Fuera de recibir el dinero y entregar un cigarrillo no observaron otros movimientos de Juan Diego Osorio.

José Alexánder Muñoz Motato no manifestó nada. Posteriormente el Fiscal de turno de la URI lo dejó en libertad

Se conocía por parte de la FGN, en las audiencias preliminares que a José Alexánder Muñoz Motato se le había encontrado ese dinero.

No sabe las razones por las que fue Muñoz fue dejado libre.

No sabe si alguno de los dos capturados había sido detenido con anterioridad.

REDIRECTO

Desde el sitio donde se encontraba vio cuando la persona que fue identificada como Jhon Alexánder Carmona, le pasó un billete a Juan Diego Osorio y cuando éste le entregó un cigarrillo al señor Carmona.

Vio cuando sacó el cigarrillo del marco de una puerta. Observó un billete pero no puede precisar su denominación.

En el momento del procedimiento Jhon Alexánder Carmona dijo que ese cigarrillo se lo había vendido Juan Diego Osorio por la suma de $1.000.

PREGUNTAS DEL JUEZ.

En los hechos participaron tres personas

Dos de ellas fueron capturadas, entre ellas el que usaba la camiseta amarilla. El otro era el comprador, que fue trasladado a la URI para realizar la respectiva entrevista

El comprador no fue detenido, ya que solo iba a adquirir su sustancia estupefaciente y no estaba cometiendo ningún delito

4.2.2 CRISTIAN ANDRÉS ALVAREZ JOSSA (Patrullero de la Policía Nacional-Grupo de Estupefacientes).

El 3 de octubre de 2012 participó en el procedimiento donde se dio captura al señor Juan Diego Osorio Alzate, sobre lo cual suscribió un informe ejecutivo.

Los hechos se presentaron en esa fecha en las horas de la mañana.

Iban en un vehículo policial en el sector del centro haciendo planes de control.

Observaron a tres personas que estaban en la calle 13 con carrera 11 bis.

Una de ellas vestía una camiseta negra; el otro camiseta amarilla y el último un “camibuso” azul.

El sujeto que tenía camiseta negra le entregó al hombre de camiseta amarilla un billete y este le pasó el dinero al de “camibuso” azul quien lo guardó.

El de la camiseta amarilla se fue para el marco de una puerta y sacó una especie de cigarrillo y se lo entregó al de camiseta negra.

Por lo anterior se dio captura a esas tres personas.

La persona que usaba la camiseta negra aseguró que era consumidor de sustancias estupefacientes, y que le había comprado el material al señor de la camiseta amarilla.

A la persona que vestía la camiseta amarilla se le hizo una requisa y no se le encontró nada.

Al de “camibuso” azul se le encontró un dinero.

Ante la actividad ilícita que se estaba desarrollando, se capturó a los individuos que vestían la camiseta amarilla y el “camibuso” azul, quienes fueron trasladados a la URI para su judicialización.

Ese día estaba acompañado por los uniformados Jhon Wilmer Rotavista y César Augusto Bedoya.

El individuo que vestía la camiseta amarilla fue identificado como Juan Diego Osorio. Tiene entendido que el de la camiseta negra se llamaba Alexánder Carmona. Al otro sujeto que usaba el “camibuso” azul no lo recuerda muy bien, pero cree que su nombre era José Alexánder.

Observaron a estas personas a una distancia de 10 o 15 metros aproximadamente. La visibilidad de ese sitio era abierta y se podía ver todo.

Al sujeto de camiseta negra se le halló el cigarrillo con sustancia estupefaciente que había comprado.

Al de camiseta amarilla no se le encontró nada.

Al de “camibuso” azul se le encontró el dinero que se incautó.

No recuerda los apellidos del sujeto que usaba el “camibuso” azul. Cree que era José Alexánder Muñoz.

Antes del dispositivo no había visto a esas personas, ni había tenido ningún procedimiento contra ellos.

La persona de camiseta negra manifestó que le había comprado un cigarrillo al sujeto de camiseta amarilla. Esa manifestación se la hizo en el lugar de los hechos al agente Rotavista.

El señor Juan Diego Osorio Alzate no hizo ninguna manifestación.

Sólo fueron judicializados Juan Diego Osorio y José Alexánder.

En la URI le dieron libertad al sujeto que portaba el “camibuso” azul. No sabe por qué lo hicieron.

La persona que vestía la camiseta negra y le compró el cigarrillo a Juan Diego Osorio, rindió una declaración en la URI. Ese señor en ningún momento fue capturado y los acompañó hasta la URI de manera voluntaria. Dijo que iba a rendir una entrevista, pero sin que Juan Diego se diera cuenta porque le daba temor.

Desde el sitio donde estaba con los otros dos patrulleros, no podía ver la denominación del billete que entregó quien usaba la camiseta negra.

En ese procedimiento se incautaron tres cigarrillos. Uno que se le entregó al joven de camiseta negra y otros dos que estaban en el marco de la puerta. También se requisó el dinero que tenía el que usaba el “camibuso” azul.

Desde el momento en que presenciaron los hechos y se produjo la captura de los implicados transcurrieron 5 minutos.

Juan Diego Osorio y el sujeto del “camibuso” azul no hicieron ninguna manifestación. Esta última persona fue capturada ya que había recibido el dinero producto de la venta del cigarrillo y estaba en la misma actividad.

En ese lugar no había hecho planes de control ni de requisa.

El sector es reconocido ya que se expenden sustancias estupefacientes, según información de la ciudadanía y presenta problemas de inseguridad.

CONTRAINTERROGATORIO

Se encontraban a 10 o 15 metros donde se realizó la transacción referida. La observación era fácil ya que se trataba de un lugar abierto. Estaban en un carro de la Policía.

Nadie se percató sobre su presencia en el lugar, ya que estaban de civil.

Cuando vieron la transacción capturaron a las personas mencionadas.

El comprador aseguró que le había adquirido la sustancia a Juan Diego Osorio. Esa manifestación la hizo frente a los vendedores y se lo dijo a su compañero Rotavista.

El entrevistado estaba a 2 o 3 metros de las personas capturadas.

Cuando la persona compró el cigarrillo alcanzó a avanzar 2 o 3 metros, ahí fue cuando se interceptaron a los tres individuos.

Su compañero Rotavista interceptó al comprador.

El adquirente recibió el cigarrillo. No fue capturado porque no estaba cometiendo un ilícito. No se le pidió que hablara.

Cuando su compañero Rotavista se identificó como miembro de la Policía, el comprador dijo que era consumidor de estupefacientes y que le había comprado la sustancia a la persona de camiseta amarilla.

No vio la denominación del billete, solo observó que uno de los sujetos le pasaba al otro un papel color café tipo billete.

Cuando Juan Diego Osorio fue capturado no se le encontraron sustancias estupefacientes ni dinero. Juan Diego “*estaba parado”* y no estaba haciendo otra actividad en ese momento.

La labor de observación duró unos instantes, mientras bajaban en el carro.

Conocía el sector. No habían hecho seguimiento a esas personas.

4.2.3 JHONY ALEXÁNDER FALLA VARGAS (Funcionario de la Policía Nacional SIJIN)

Se desempeña como investigador adscrito a la Fiscalía 11 de salud pública tres años.

Realizó diligencias relacionadas con el acusado como verificación de su plena identidad, arraigos, antecedentes, y la ubicación de un testigo que era el comprador de la sustancia.

El acusado Juan Diego Osorio Alzate es soltero y convive con sus padres. No registra antecedentes. No se obtuvo información sobre si era consumidor de estupefacientes.

Trató de ubicar al comprador de la sustancia identificado como Jhon Alexánder Carmona, quien no había suministrado una dirección precisa, ya que manifestó que vivía en la manzana 2, casa No.19, del sector de “Samaria”, pero no dio más datos.

Primero se dirigió a Samaria 1. El dueño de la casa le manifestó que no conocía al señor Johan. Fue a Samaria 2 y en esa casa no se encontraba nadie. Enseguida lo atendió una señora y le dijo que ahí no vivía ningún Johan y que era habitada por un señor llamado Juan Carlos.

Se remitió a la base de datos de la Registraduría donde dice que la C.C. de Jhoan Alexánder Carmona si existe y se encuentra activa. Esa información la sacó de la entrevista que examinó[[4]](#footnote-4)

Consign{o esa información en dos informes de campo, donde dijo que había estado en “las dos Samarias” preguntando por el testigo y en ninguna de las dos le dieron noticias del señor Carmona. En la investigación que hizo no se encontró la dirección del testigo, pese a las labores de vecindario que refirió.

En la Registraduría aparece la cedula de esa persona, que se encuentra activa y contiene sus nombres y apellidos completos.

CONTRAINTERROGATORIO.

No recuerda quién le dio el dato sobre donde vivía el procesado Osorio Alzate.

Sólo indagó por lo relativo al arraigo del señor Osorio Alzate, más no verificó si este era consumidor de estupefacientes.

*(La fiscal solicitó que se tuviera como prueba de referencia la entrevista rendida por Johan Alexánder Carmona Ospina[[5]](#footnote-5), a efectos de que fuera introducida con el agente Jhon Wilmer Rotavista Ramirez, con base en lo dispuesto en el 438 literal) del CPP .*

*La defensa se opuso a esa petición, por considerar que no se reunían los requisitos previstos en esa norma, ya que solamente se estableció que el testigo Carmona no fue ubicado, y que no se trataba de un “evento similar” al previsto en esa norma. Igualmente expuso que la defensa no pudo localizar al testigo, pese a la labor que hizo su investigador.*

*Luego de la réplica de la delegada de la FGN, el juez de conocimiento admitió la entrevista en mención como prueba de referencia, para ser ingresada con el citado funcionario de Policía Judicial, que podría ser contrainterrogado por la defensa. La representante del acusado desistió del recurso de apelación que había presentado contra esa decisión.)*

4.2.4 JOHN WILMER ROTAVISTA (Funcionario de Policía Judicial –Declaración sobre la prueba de referencia antes mencionada)

Le recibió una entrevista a Johan Alexánder Carmona Ospina, que quedó consignada en el formato respectivo.

Aparece contenida en un formato de entrevista FPJ12, que tiene su firma.

La entrevista se le tomó al señor John Alexánder Carmona Ospina identificado con C.C. Nº 80.886.894 de Bogotá, natural de Pereira. Aparece su firma y la del testigo. Se recibió el 3 de octubre de 2012, a las 11:15 horas, en las instalaciones de la U.R.I, parte externa.

*(La fiscal solicitó que la entrevista fuera introducida como prueba de referencia, junto con los demás elementos materiales que han sido solicitados como materia de prueba y que se diera lectura a su contenido)*

Se leyeron apartes de ese documento, donde el señor Carmona dijo que le había pedido un cigarrillo con marihuana (“bareto”), a un hombre que vestía una camiseta amarilla y un jean a quien le pasó un billete de mil pesos. Luego una persona que vestía una camiseta con rayas guardó el billete en su pantalón, mientras que el de la camiseta amarilla sacó del marco de una puerta el cigarro y se lo pasó.

El señor Carmona leyó la conferencia antes de firmarla y corresponde a lo que dijo en ese acto. Al iniciar ese acto identificó al testigo como Johan Alexánder Carmona Ospina, quien presentó su cédula.

CONTRAINTERROGATORIO

Al entrevistado se le dieron a conocer sus derechos a no incriminarse.

Se mostró dispuesto a colaborar y solicitó que se le recibiera su versión afuera de las instalaciones de la U.R.I.

No sabe qué pasó con la tercera persona que el señor Carmona mencionó. Pudo ser que él mismo se incluyó en la entrevista.

Cuando se retuvo al comprador, éste entregó de manera voluntaria el cigarrillo que tenía en las manos.

REDIRECTO

Lo que le manifestó el testigo corresponde a lo que se plasmó en el formato de entrevista.

El declarante le dijo que quería rendir la entrevista afuera de las instalaciones de la U.R.I, y así se procedió. Consignó en la entrevista lo que testigo dijo: “*les pido el favor de que no me vayan a boletiar (sic) porque al sapo lo mandan a matar y su único pecado es ser consumidor*”.

*(Se admitió como prueba la entrevista realizada al señor Johan Alexánder Carmona Ospína).*

4.3 PRUEBAS DE LA DEFENSA

4.3.1 ESTIPULACIONES.

* Entevistas rendidas por María Dolores Osorio Gómez y Luis Alberto Alzate sobre la condición de adicto que presenta el procesado; que su oficio es el de vendedor en una carreta; que es padre de un menor y otros hechos.[[6]](#footnote-6)
* Informe suscrito por el Dr. Jairo Robledo Vélez, perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sobre la “observación clínica y mental” del señor Juan Diego Osorio Alzate.[[7]](#footnote-7)

4.3.2 JUAN DIEGO OSORIO ALZATE (Procesado)

Antes de ser detenido vivía en la calle. Decidió irse de su casa para evitar problemas con sus hermanos.

Se describe como consumidor de estupefacientes. Es adicto a la marihuana desde los 14 años y desde hace 5 o 6 años a la heroína.

Esa situación ha afectado la relación con su familia, ya que ha estado “descontrolado” con la droga.

Tuvo una pareja con la que convivió 5 años y procrearon un hijo. Esa relación se terminó debido a su consumo de sustancias ilícitas.

Cuando vivía en la calle y le iba bien podía pagar un hotel. A veces amanecía en la vía pública. Vendía verduras en una carreta por toda la ciudad. Trabaja con un señor que tiene unas bodegas en la 14 con 9ª. Cuando no vendía verduras, descargaba cemento. Se ganaba entre 15 y 20 mil pesos diarios. Para el día de su captura trabajaba con la carreta.

El día 3 de octubre de 2012, en horas de la mañana amaneció en un hotel que queda debajo de los puentes de la 11.

Bajó a comprar marihuana a “la 13” como a las 9.30 horas, porque había un operativo en los puentes.

Llegó donde el muchacho que le vende los estupefacientes e hizo la compra.

En ese momento llegó otra persona, el vendedor le dijo “*cójalo de ahí”* y que le pasara otro al muchacho. Los tomó, pasó lo del joven y luego pagó lo suyo.

La policía llegó en ese instante y lo capturó. El otro muchacho ya se había ido.

Cuando se fue a comprar su dosis eran las 9:30 a.m. A veces compra más temprano ya que todo depende de su trabajo.

Consume una sola dosis al día. El día de los hechos adquirió su dosis en “la 13”. Ya se había provisto de estupefacientes en ese lugar, porque se estaba quedando en ese sector de “los puentes”.

Cuando van a adquirir la sustancia la misma gente que vende los llama, les dicen *“que cuántos baretos”.*

Distingue a la persona que le vendió la sustancia ese día. Conoce a diversos expendedores.

El día en que fue capturado le compró a “Conejo” a quien le pidió *“su dosis”.*

No pagó esa dosis. “Conejo” que fue la otra persona detenida ese día, le dijo que cogiera el cigarrillo “*de ahí “,* o sea del marco de una puerta sobre un medidor de luz.

Se empinó, y lo tocó, “Conejo” le dijo que cogiera dos y que le pasara uno “*al chino”,* o sea al muchacho que llegó. A ese joven no lo volvió a ver más.

No conocía al otro comprador.

La dosis cuesta $1000. Reiteró que al llegar a pedir su cigarrillo de marihuana. “Conejo” le dijo que “*lo cogiera de ahí”* y que le diera el otro cigarrillo al muchacho. Le pagó a “Conejo” $1.000 por su dosis.

Después de cancelar esa suma alcanzó a avanzar un poco y llegó a una esquina. Cuando llegó la policía ya no estaban los tres pues “Conejo”, y el otro muchacho se habían desplazado.

Los agentes llegaron en un taxi; lo detuvieron y les explicaron los motivos de su captura.

Se le identificaron como “federales” y le dijeron que quedaba detenido por venta de estupefacientes, lo cual negó.

No le incautó nada porque de los nervios arrojó el cigarrillo cuando ellos llegaron.

No conocía a ninguno de los urbanos que lo capturaron.

En el mismo momento que fue detenido, sacaron a “Conejo” de una tienda que hay en una esquina. Le decomisaron un dinero y los subieron a un taxi.

Los “federales” trataron mal a “Conejo”; le decían que *“lo iban a embalar”* y que lo estaban siguiendo. No se refirieron a él de ninguna manera.

*(Seguidamente la defensora le dio lectura al informe de captura y la entrevista que rindió Johan Alexánder Carmona Ospina)*

En cuanto a lo expuesto en el informe de captura y en la entrevista, en el sentido de que el otro comprador le pidió al sujeto de camiseta amarilla (Juan Diego Osorio) un “bareto” y que le entregó un billete a ese mismo sujeto, dice que no comprende por qué se dice eso, ya que los policías llegaron en ese momento y los detuvieron.

En ningún momento le recibió dinero a la otra persona. Tenía $1.000 y con eso pagó su dosis. No tenía más dinero.

No tiene consistencia en sus ingresos, que pueden ser de $15.000 diarios. Con el dinero que gana asegura primero la droga, antes que la comida y la dormida.

Consume entre 10 o 12 cigarrillos de marihuana al día.

A pesar de su condición, nunca ha vendido sustancias estupefacientes, ni le han ofrecido hacerlo. Siempre ha trabajado en actividades lícitas.

Distingue a José Alexánder Muñoz Motato por ser una persona de ese sector, pero lo conocía como “Conejo”. Supo su nombre porque fue judicializado por los mismos hechos y porque los policías lo llamaban por su nombre.

A José Alexánder Muñoz lo dejaron ir el día de la captura, ya que tener dinero no era un delito. Actualmente está detenido por vender estupefacientes. Lo volvieron a capturar y ahora si está detenido.

CONTRAINTERROGATORIO

A José Alexánder “Conejo” lo conocía desde hacía 3 meses antes de los hechos.

Anteriormente le había comprado estupefacientes a “Conejo” tanto en “la 13” como en “los puentes” , varias veces al día .-

Generalmente adquiría la droga en “la 13 “ porque no había operativos en ese lugar.

Durante el procedimiento los policías lo requisaron y le dijeron que tenía derecho a guardar silencio.

Cuando llegó donde “Conejo” estaba otra persona a la que no distinguía.

Reiteró que en el momento en que esa persona arribó, “Conejo” le dijo que cogiera lo suyo y que le pasara otro a la persona que había llegado, a lo cual no le vio problema.

Tomó dos cigarrillos de un medidor de una casa.

Le dio uno aun joven y se quedó con el otro. Luego le pagó los $1.000 a “Conejo”. Siguió su camino y no vio para dónde cogió el otro muchacho. Fue capturado antes que el otro joven.

No es amigo de “Conejo”. Lo llevaron con este individuo a la URI, donde los volvieron a requisar y los metieron a un calabozo.

Desde que lo capturaron manifestó que no estaba vendiendo sustancias estupefacientes y explicó que “Conejo” le había pedido que le pasara el cigarrillo al otro muchacho.

*(La defensora formuló una solicitud de absolución perentoria que fue negada por el juez de conocimiento)*

*(Seguidamente al delegada de la FGN pidió que se dictara sentencia condenatoria contra el procesado por la violación del artículo 376 del C.P., inciso 2º en la modalidad de venta.)*

5. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

* No existe duda de los hechos acontecieron en la carrera 11 bis con calle 13 de esa municipalidad, sector que es reconocido como expendio de estupefacientes, tal y como lo aseguraron los agentes de la Policía Nacional John Wilmer Rotavista Ramírez y Cristian Andrés Alvares Jossa.
* Existe prueba convincente con relación a la venta de estupefacientes porque claro quedó que el comprador (Johan Alexander) entregó la suma de mil pesos al vendedor (Juan Diego) y este a su vez transfirió el billete a (José Alexander, conocido como “Conejo”), motivo por el cual los gendarmes dieron a conocer que habían sido dos las personas capturadas, y que el comprador había sido requerido para que los acompañara.
* Llama la atención que el delegado de la FGN que se encontraba de turno hubiera dispuesto la libertad de José Alexander Muñoz Motato, por lo que es conveniente que esa entidad realice la investigación en contra de esa otra persona que fue señalada como un presunto vendedor en aras de establecer su participación en el ilícito.
* La defensa centró sus alegaciones en el supuesto hecho de que su mandante se encontraba en ese lugar comprando estupefaciente y no vendiendo, pero de ser así, los uniformados lo habrían identificado bajo esta calidad, pero se debe recordar que el procesado fue señalado como el sujeto que recibió el billete y no en actitud contraria.
* Si bien es cierto el acusado es consumidor de sustancias estupefacientes tal y como quedó acreditado, no significa que carezca de capacidad para vender; ambas situaciones no son excluyentes.
* La entrevista rendida por Johan Alexander Carmona Ospina el 3 de octubre de 2012 al agente John Wilmer Rotavista Ramírez, la cual fue admitida como prueba de referencia, presenta inconsistencias en el sentido de que el entrevistado adujo que eran sólo dos personas las involucradas en los hechos y no tres, pero esa situación fue aclarada por el mismo entrevistado quien seguramente se refería a él mismo.
* Ese documento no carece de sentido o credibilidad, en consideración a lo señalado por el propio acusado quien en el juicio adujo que fueron tres personas las que se encontraban en el sitio, aclarando que se trataba de dos compradores y que el único vendedor era José Alexander, alias “Conejo”.
* Los policías fueron reiterativos en afirmar que eran tres los sujetos los que se encontraban en el lugar, refiriéndose al comprador quien rindió entrevista, al acusado, y a José Alexander Muñoz Motato.
* Los autores fueron capturados en flagrancia al ser sorprendidos por los propios agentes ejecutando un comportamiento contrario a la ley, lo que motivó la incautación de $7.000 y tres cigarrillos de marihuana, aspectos que constituyen prueba directa para condenar conforme a las reglas del artículo 381 de la ley 906 de 2004.
* En el proceso de dosificación de la pena, indicó que la sanción oscilaba entre de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 smlmv. Teniendo en cuenta que el presente asunto no concurren circunstancias de mayor punibilidad, pero sí una de menor consagrada en el artículo 55 numeral 1 del Código Penal referente a la carencia de antecedentes penales, indicó que se movería dentro del cuarto mínimo que abarca desde 64 a 75 meses de prisión y multa de 2 a 39 smlmv.
* Finalmente sustentó que como al acusado le habían sido decomisados 4.6 gramos de marihuana representados en tres cigarrillos, le impuso una sanción de 64 meses de prisión y multa de $1.133.400.
* Dispuso que la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas sería por un término igual a la de la pena principal.
* Denegó al acusado el subrogado de ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que la sanción impuesta superaba los topes previstos en la ley para la concesión de dichos beneficios.

6. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

* No comparte la decisión de primera instancia ya que la misma pues no existe claridad en el sentido que si el acusado vendía sustancias estupefacientes.
* La fuente de la incriminación se basó en las versiones de los agentes captores quienes señalaron a Johan Alexánder Carmona como el comprador y a los señores Juan Diego Osorio Álzate y José Alexánder Muñoz Mottato como vendedores del estupefaciente.
* En el procedimiento de captura incautaron el cigarrillo que acababa de comprar del señor Johan Alexánder y la suma de $7000 al señor José Alexander Muñoz Mottato, la suma de $7000. A su defendido no le encontraron nada.
* A su modo de ver, en los hechos participaron tres personas, existía una sustancia y un dinero, pero no es corresponde a la realidad la participación de Juan Diego Osorio Álzate.
* El acusado desde su captura dio a conocer su versión, siendo la única persona procesada dentro de la presente causa pues de manera inexplicable se le dio libertad al otro sujeto que fue aprehendido. Desde la celebración de las audiencias preliminares esa defensora tuvo conocimiento sobre lo acontecido, que no difiere en mucho de lo que se consignó en el informe policivo, y que sin temor fue expuesto en el interrogatorio rendido en el desarrollo de la audiencia pública.
* Juan Diego Osorio Álzate aceptó y reconoció que es consumidor de sustancias estupefacientes, ello quedo plenamente demostrado en la actuación, y ese era el motivo por el cual se encontraba en el lugar de los hechos a donde llegó para adquirir su dosis personal, casi al tiempo con otro comprador, y solicitó en ese momento al vendedor identificado como José Alexánder Muñoz un cigarrillo con marihuana, por lo que este último recibió su dinero, y le pidió a Juan Diego que lo tomara del marco de una puerta, justo en ese momento, le pidió que cogiera otro cigarrillo y se lo pasara al señor Carmona Ospina, quien también había ido a comprar.
* La versión rendida por el procesado no fue desacreditada y no hay manera de probar que él sea una persona mentirosa, o que alguna de sus aseveraciones fueran ilógicas o sin sentido, o que siquiera haya tenido una contradicción, por el contrario, fue coherente, sincero, informó de manera detallada cada una de las actividades desarrolladas por él y la forma como finalmente se produjo su captura.
* Efectivamente el sitio de la captura se encuentra ubicado en un sector de expendio, los uniformados observaron la transacción que existió tal y como lo narró el señor Osorio Alzate.
* Los gendarmes solo observaron lo que acontecía, vieron a tres personas, se percataron que hubo movimiento de dinero, y finalmente de cigarrillos, pero ninguno de ellos escuchó cómo se dio la negociación ni la manera como el señor Muñoz Mottato le pidió a Juan Diego Osorio que le entregara al otro comprador un cigarrillo, esa situación sólo se pudo ventilar atendiendo lo narrado por el procesado. Esos uniformados recrearon el escenario y ubicaron a Juan Diego Osorio como otro vendedor.
* No es posible que Juan Diego Osorio Álzate fungiera como vendedor en esta transacción ya que no era el dueño de la sustancia decomisada, ni actuaba en representación de su dueño.
* El señor José Alexánder Muñoz era el vendedor tal y como lo señaló el acusado, a quien reconoció porque había sido su proveedor en varias oportunidades, y esa labor también fue percibida por los agentes captores, quienes observaron que Juan Diego Osorio entregó el dinero al señor Muñoz, con el fin de adquirir su dosis personal, y que posteriormente el procesado le entregó a Johan Alexander Carmona un cigarrillo, pero esa entrega no fue producto ninguna transacción entre estos dos personajes.
* La entrevista que fue allegada al juicio como prueba de referencia, tiene imprecisiones y no genera certeza alguna, aunado al hecho de que la persona que rindió dicha diligencia aportó una dirección incompleta, no pudo volver a ser ubicado por parte de la Fiscalía y de los investigadores de la defensoría Pública, y por tanto dicho documento ingresó como prueba de referencia, poniendo el juego la libertad de una persona.
* En la entrevista hecha por el comprador, éste realizó una descripción detallada de los supuestos vendedores, pese a que en su condición de comprador su presencia en el lugar de expendio era transitoria y con la única intención de comprar su dosis. Sin embargo estuvo en capacidad de suministrar información detallada sobre las prendas de vestir de los presuntos vendedores, por lo que a su modo de ver tales precisiones no se presentan en una entrevista realizada de manera espontánea, libre y voluntaria.
* Suponiendo que el señor Osorio Alzate era el vendedor de sustancia estupefaciente, no se entiende el motivo por el cual ese ciudadano no tenía dinero en su poder.
* El señor Juan Diego Osorio ha hecho referencia a su inocencia y ha señalado que es consumidor de estupefacientes, expresando que para satisfacer esa adicción acudió en la mañana del 3 de octubre de 2012 debajo de los puentes en la carrera 11 con calle 13, con el fin de proveerse de una dosis personal, actividad en la cual fue sorprendido por la policía con los resultados ya conocidos.
* Solicitó la revocatoria del fallo del fallo de primer grado y la absolución de su prohijado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

7.1 Competencia

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

7.2 Problema jurídico :En aplicación al *principio de limitación de la segunda* *instancia*, esta Corporación debe decidir si le asiste razón a la impugnante que solicita la revocatoria del fallo de primera instancia, donde se condenó al señor Juan Diego Osorio Alzate, como responsable de la violación del artículo 376 del C.P., con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa norma .La disconformidad de la censora se centra en las consideraciones del *A quo* sobre la responsabilidad de su defendido.

7.3 Según los términos del escrito de acusación, la conducta atribuida al procesado se subsumió en el artículo 376 del C.P., bajo la inflexión verbal de “venta”.

7.4 Para comprobar el *factum* de la acusación, la FGN, presentó prueba testimonial proveniente de los agentes que intervinieron en el procedimiento en el que se dio captura al implicado, lo mismo que una prueba de referencia contenida en la entrevista que rindió el señor Johan Alexánder Carmona Ospina, señalado como el comprador de la sustancia sicoactiva que le entregó el procesado.

En virtud de la estipulación celebrada entre la FGN y la defensa quedó establecido que la sustancia decomisada en el operativo donde se dio captura al señor Osorio Alzate era marihuana.

7.5 En el caso en estudio el juez de primer grado consideró que con la prueba presentada por la FGN se demostró que los agentes Jhon Wilmer Rotavista a Ramírez y Cristian Andrés Álvarez Jossa se encontraban el 3 de octubre de 2012, en el sector de la cra. 11 con calle 13 de esta ciudad, cuando advirtieron que una persona que vestía una camiseta de color amarillo que fue identificada por los mismos agentes como Juan Diego Osorio Alzate, había recibido un billete de manos de Johann Alexánder Carmona Ospina, (relacionado como el comprador de la sustancia estupefaciente) , que luego le entrego el señor José Alexánder Muñoz Motato, conocido como “Conejo” luego lo cual el mismo Juan Diego se dirigió al marco de una puerta y tomó un cigarrillo, momento en el cual fue capturado, manifestando los citados agentes que el adquirente de la sustancia había dicho que arribó a ese lugar para adquirir una dosis de marihuana que le costó $1000, situación a la cual también hizo referencia al rendir una entrevista posterior a la captura de los implicados.

El *A quo* le otorgó credibilidad a lo manifestado por citados agentes, en el sentido de que señor Carmona le había comprado la dosis de marihuana a Juan Diego Osorio Alzate y que éste a su vez le había transferido el dinero a José Alexánder Muñoz Motato, - conocido como “Conejo”.

Por ende desestimó los argumentos de la defensa en el sentido de que su representado era realmente el adquirente de la sustancia estupefaciente que fue requisada, y consideró que el hecho de que estuviera acreditado que el acusado Osorio tenía la calidad de adicto al consumo de estupefacientes no significaba que no pudiera ser minorista de drogas ya que esas situaciones no eran excluyentes.

Para esos efectos tuvo en cuenta la entrevista que rindió Johan Alexánder Carmona Ospina el 3 de octubre de 2012, ante el agente John Wilmer Rotavista Ramírez, la cual fue admitida como prueba de referencia ya que no se pudo ubicar al señor Carmona para que asistiera al juicio. Indicó que pese a que este ciudadano pudo haber incurrido en alguna confusión al indicar que en los hechos participaron dos personas y no tres, esa situación fue aclarada por el funcionario de policía judicial que tomó la entrevista, quien expuso que posiblemente el señor Carmona se había referido a él mismo, por lo cual tal situación no era determinante, ya que de acuerdo a las manifestaciones del procesado el día de los hechos se encontraban tres personas en el sitio donde se produjeron las capturas, con la salvedad que de acuerdo a lo dicho por el señor Osorio en el lugar estaban presentes dos compradores y el único vendedor que era José Alexánder Muñoz, apodado “Conejo”.

En ese sentido el fallador otorgó credibilidad a lo manifestado por los agentes Rotavista Ramírez y Álvarez Jossa, en lo relativo a que el procesado Juan Diego Osorio Alzate y José Alexánder Muñoz habían sido capturados en flagrancia por incurrir en la conducta de venta de estupefacientes, ya que los testimonios que entregaron se podían considerar como una prueba directa en relación con la responsabilidad del acusado, en los términos del artículo 402 del CPP, por lo cual dictó sentencia condenatoria en su contra como responsable de la violación del artículo 3476 del C.P. en la modalidad de venta.

7.6 El argumento central de la defensora se centra en que se debe otorgar credibilidad a las manifestaciones que hizo su mandante, en el sentido de que por su condición de adicto al uso de estupefacientes que fue establecida en el proceso, se dirigió al sitio donde fue detenido, con el propósito de adquirir una dosis de marihuana y que en ese momento José Alexánder Muñoz Motato, quien era el proveedor de la sustancia, le pidió al incriminado que sacara dos cigarrillos y le entregara uno de ellos a otro comprador que estaba en el lugar (quien según se entiende era Johan Alexánder Carmona Ospina), por lo cual no resultaba posible que su representado fuera señalado como uno de los vendedores de la sustancia psicoactiva, ya que se limitó a pagarle a Muñoz Motato la suma de $1000, que era el valor del cigarrillo de marihuana que adquirió, por esa razón se le debía otorgar credibilidad a las manifestaciones que hizo el procesado al intervenir en el juicio, en el sentido de que había acudido al sector de “la 13” con el fin de adquirir su dosis de cannabis, por causa de su condición de consumidor habitual de alucinógenos, lo que descarta que hubiera efectuado actos de venta de la sustancia vegetal que fue decomisada en el operativo policial.

Adicionalmente la recurrente cuestiona los términos de la entrevista rendida por Joan Alexánder Carmona Ospina, que fue identificado por los policiales como el comprador de la marihuana, documento que fue admitido como prueba de referencia ante la imposibilidad de localizar al señor Carmona, señalando que esta persona no tenía ningún ánimo real de prestar su concurso a la administración de justicia, pues adoptó una actitud elusiva, ya que suministró una dirección incompleta, con el fin de que no pudiera ser localizado posteriormente lo cual da a entender que faltó a la verdad. Además considera que el hecho de que el entrevistado hubiera entregado una descripción detallada sobre las prendas que vestían las personas a las que señaló como los que le vendieron la porción de marihuana, lleva a pensar que esa declaración no fue espontánea, libre y voluntaria sino que pudo ser rendida bajo presiones de los agentes que practicaron el procedimiento. Fuera de lo anterior aduce que el hecho de que no se hubiera encontrado dinero en poder del señor Osorio Alzate, corrobora que su representado no realizó ningún acto de venta de sustancias alucinógenas sino que era el adquirente de las mismas. Con base en esas razones solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y fuera absuelto su representado.

7.7 Al hacer la valoración de la prueba practicada en el proceso, la Sala considera que de los testimonios entregados por los agentes Jhon Wilmer Rotavista Ramírez y Cristian Andrés Álvarez Jossa, se desprende claramente que estos participaron en el operativo que se adelantó el día 3 de octubre de 2012 en el sector de la carrera 11 bis con calle 13 de Pereira donde a eso de las 11 35 horas observaron a tres individuos, uno de los cuales vestía camiseta negra que fue identificado posteriormente como Johan Alejandro Carmona Ospina (comprador de la sustancia) quien entregó un billete a otro de los presentes, que usaba una camiseta amarilla, quien fue identificado como el procesado Juan Diego Osorio Alzate, el cual a su vez le entregó ese dinero a un tercero que se hallaba en el sitio, que fue relacionado como José Alexánder Muñoz Motato, luego de lo cual se produjo la captura de estas personas ya que el comprador (Johan Alexánder Carmona), manifestó que la persona que vestía camiseta amarilla (o sea Juan Diego Osorio Alzate), le había acabado de vender un cigarrillo con marihuana y luego le pasó el billete que recibió a José Alexánder Muñoz, quien tenía en su poder la suma de $7000.

7.8 Se debe tener en cuenta que el agente Rotavista fue claro al reiterar que la persona que vestía la camiseta amarilla llamado Diego (Juan Diego Osorio Alzate) fue quien le entregó el cigarrillo al comprador que fue identificado como Johan Alexánder Carmona, situación que le fue referida por el mismo adquirente de la droga.

Por su parte el PT. Álvarez Jossa hizo el mismo señalamiento, al manifestar que la persona que vestía la prenda de color amarillo, que como ya se dijo era el señor Osorio Alzate había recibido un billete del comprador del estupefaciente, que luego entregó a otra persona que era el hombre del “camibuso” azul, quien fue identificado como José Alexánder Muñoz Motato, y que seguidamente el señor Osorio Alzate se dirigió hacia el marco de una puerta de dónde sacó el cigarrillo que le pasó al señor Carmona Ospina, quien le dijo al agente Rotavista que el mismo Osorio Alzate era quien le había vendido el cigarrillo con marihuana.

7.9 La Sala considera que esos señalamientos en contra del procesado fueron hechos por los agentes captores, que tienen la calidad de testigos directos de los hechos en los términos del artículo 402 del CPP.

Sobre ese punto hay que manifestar que en virtud de la declaración entregada por el investigador Johnny Alexánder Falla Vargas, fue que se admitió como prueba de referencia para el juicio, la entrevista que rindió Johan Alexánder Carmona Ospina el 3 de octubre de 2012 ante el agente Jhon Wilmer Rotavista, en la cual dijo: i) que era consumidor de bazuco y de cannabis y que se había dirigido a la cra. 11 con calle 13 de esta ciudad a comprar una dosis de marihuana; ii) que en ese lugar habían tres hombres; iii) que uno de ellos vestía una camiseta amarilla y un jean; iv) que le pidió a esa persona una porción de marihuana y le entregó un billete de $1000; v) que este individuo le pasó el numerario a otra persona que se encontraba a su lado; vi) que el que vestía la casaca amarilla sacó el cigarrillo del marco de una puerta; y vii) que en ese momento se presentó la intervención de los miembros de la Policía Nacional

7.10 En ese sentido hay que recordar que sobre el tema relacionado con la citada entrevista, se adoptó una decisión que cobró firmeza en el decurso del juicio oral con base en la cual se admitió esa conferencia como prueba de referencia que fue introducida con el agente Rotavista Ramírez, quien explicó las circunstancias en medio de las cuales el comprador Johan Alexánder Carmona Ospina accedió a hacer esas manifestaciones, asegurando que ese acto de investigación se realizó afuera de las instalaciones de la URI para atender la exigencia de esa persona que temía por su seguridad.

7.11 En ese orden de ideas la Sala considera que se debe otorgar credibilidad a la manifestación efectuada por los citados agentes sobre las circunstancias que motivaron la aprehensión del señor Juan Diego Osorio Alzate, no sólo porque no se advierte ninguna situación particular que hubiera determinado a los urbanos a entregar una información inexacta sobre las circunstancias en que fue capturado el citado ciudadano, por venta de estupefacientes, sino porque de acuerdo al testimonio de los mismos urbanos en el operativo también se capturó a José Alexánder Muñoz Motato, quien acompañaba al procesado Osorio Alzate en el momento en que se hizo la venta del cigarrillo con marihuana al señor Carmona Ospina, lo cual motivó que también fuera detenido, fuera de que la entrevista rendida por Johan Alexánder Carmona Ospina viene a confirmar las manifestaciones entregadas por los agentes de la Policía Nacional sobre los motivos que los llevaron a aprehender al ciudadano Osorio Alzate.

7.12 Al hacer una valoración en conjunto de la prueba practicada en el proceso, se puede concluir que la captura del señor Osorio 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 Rotavista Ramírez y Álvarez Jossa, cuyas manifestaciones fueron confirmadas con una prueba de referencia como la entrevista que rindió Johan Alexánder Carmona Ospina , quien se refirió al procesado Osorio Alzate señalándolo con sus prendas de vestir, como la persona que le vendió el cigarrillo con marihuana por la suma de $1.000, lo que coincide plenamente con la manifestaciones que hicieron los agentes que dieron captura al procesado.

7.13 En ese sentido hay que manifestar que el claro señalamiento que hizo el señor Carmona Ospina 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.[…][[8]](#footnote-8)*

*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.”*

7.14 Con base en lo expuesto anteriormente, la Sala debe decir que no comparte los argumentos de la defensora del procesado, en el sentido de que no se debe otorgar credibilidad a las manifestaciones de los miembros de la fuerza pública que detuvieron a su representado, ni a lo consignado en la entrevista que rindió el señor Carmona Ospina, aduciendo frente a esta última prueba que esa persona pudo haber sido aleccionado por los integrantes de la Policía para que entregara una especie de “lección aprendida” a efectos de incriminar al señor Osorio, lo que puede entenderse como una manifestación subyacente de que el adquirente de la marihuana fue presionado para que hiciera esas manifestaciones en su entrevista.

Frente a lo anterior se puede replicar que ese presunto direccionamiento del entrevistado no pasa de ser una suposición de la censora, que no encuentra respaldo en ningún otro medio de convicción allegado al proceso, fuera de que la parte sustancial de la citada entrevista confirmó los cargos lanzados por los agentes contra el procesado por el acto de venta de estupefacientes por el que fue acusado.

7.15 Finalmente hay que manifestar que aunque se estipularon la “observación clínica y examen mental” del señor Osorio Alzate que le practicó el profesional Jairo Robledo Vélez, del Instituto de Medicina Legal, y se anexaron dos entrevistas tomadas a la señora María Dolores Osorio Gómez y al señor Luis Alberto Osorio Alzate, esas evidencias documentales no revisten el grado de pertinencia frente al *factum* de la acusación, ya que en el proceso no se debatió que el acusado fuera o no adicto al uso de estupefacientes, que es lo que se desprende de esos documentos, sino si éste realizó el acto de venta de marihuana al señor Carmona que se le atribuye.

7.16 En ese sentido la Sala considera que las manifestaciones del procesado Osorio Alzate, según las cuales fue capturado por haber comprado una dosis de marihuana por su condición de adicto al uso de estupefacientes (situación que se puede deducir de las evidencias antes mencionadas que fueron estipuladas con la FGN), se deben entender como un ejercicio del derecho a la defensa material, mas no constituyen prueba suficiente para desvirtuar las manifestaciones que hicieron los agentes captores, que se repite fueron confirmadas por el comprador de la sustancia en la entrevista que fue admitida como prueba referencia dentro el proceso, que tiene la calidad de prueba de corroboración periférica, como se expuso en precedencia, en lo relativo al acto de venta de estupefacientes que se atribuyó al procesado, que fue debidamente demostrado por la FGN en el juicio oral.

Por lo tanto se estima que en el caso en estudio se cumplían los requisitos del artículo 381 del CPP para dictar una sentencia condenatoria, como lo dispuso el juez de primer grado, lo que lleva a esta Corporación a confirmar la sentencia recurrida.

8. Finalmente la Sala advierte que no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado ya que ese apartado de la sentencia no fue objeto de impugnación.

Con base en lo expuesto precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira administrando justicia en nombre la República y por mandato de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se condenó al señor Juan Diego Osorio Alzate por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO**: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folio 3 a 6 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 31 Fte y vto [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 33-34 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 41 fte y vto.. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 41 fte y vto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 36 al 39 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 42 al 51 [↑](#footnote-ref-7)
8. C.S.J, Casación penal del 04-06-13, radicado 40893. [↑](#footnote-ref-8)