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 – 8 de marzo de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 661706000066201600875-01

Procesado: EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / PRINCIPIO DE INCUMBENCIA PROBATORIA / LA DEFENSA NO LOGRÓ PROBAR LA CONDICIÓN DE ADICTO DEL PROCESADO / CONFIRMA CONDENA.** •Es cierto que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es 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, pero, acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige 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 hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

Al aplicar lo anterior en el caso en estudio, observa la Sala que la Defensa con la tesis propuesta en el proceso, pretendió demostrar la condición de adicto del acusado, pero no lo logró con las pruebas aducidas con tal propósito.

(…)

Todo lo antes expuesto le hace a la Sala concluir que el Juzgado A quo no incurrió en los errores de apreciación probatoria denunciados por el apelante y en consecuencia que no pueda ser de recibo la tesis de la inconformidad expresada por el recurrente.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 222 del 7 de marzo de 2018. H: 1:30 p.m.

Pereira, ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:58 a.m.

Procesado: EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO

Radicado # 661706000066201600875-01

Delito: Tráfico de estupefacientes

Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de Sentencia Condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del veintidós (22) de agosto del 2.016, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia a eso de las 16:15 horas del 21 de agosto del 2.015 en inmediaciones del sector conocido como *“La Romelia”* del municipio de Dosquebradas, y están relacionadas con la captura en flagrancia del ciudadano EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO por parte de efectivos de la Policía Nacional, en el momento en el que portaba un bolsa plástica que contenía en su interior varias bolsitas de una sustancia que resultó ser estupefaciente.

Acorde con lo consignado en la actuación procesal, se tiene que para la fecha antes aludida, unos policiales patrullaban en una motocicleta por la avenida *Simón Bolívar,* y al llegar a los puentes ubicados en el sector conocido como *“La Romelia”*, se dieron cuenta de dos personas que asumían una actitud sospechosa, quienes al percatarse de la presencia de los policiales se dieron a la huida, durante la cual uno de los fugitivos, quien posteriormente fue identificado como EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO, arrojó hacia una zona boscosa una bolsa plástica, en cuyo interior se encontraban 19 bolsitas que contenían una sustancia que posteriormente al sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H), resultó ser compatible con cocaína y sus derivados, arrojando un peso neto de 5,6 gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 22 de agosto del 2.015 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Quinchia, en turno de disponibilidad, en las cuales se le impartió legalidad a la captura del entonces indiciado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO, a quien se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo. De igual forma al Procesado no se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento, debido a que la Fiscalía declinó de impetrar petición alguna en tal sentido.
2. El 23 de noviembre del 2.015, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual el 14 de enero del 2.016 se llevó a cabo la audiencia de acusación, en la cual al Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, tipificado en el inciso 2º del articulo 376 C.P.P. en la modalidad de llevar consigo. Posteriormente el 3 de mayo del 2.016 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se efectuó el 22 de julio de 2.016. Luego de haber sido anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, el 22 de agosto del 2.016 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el apoderado de la Defensa, quien sustentó oralmente el recurso de apelación.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia dictada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del 22 de agosto del 2.016, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 64 meses de prisión y al pago de una multa equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.). Asimismo, por no cumplirse con los presupuestos legales, al declarado penalmente responsable no se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y como se encontraba en libertad, se procedió a librar en su contra las correspondientes órdenes de captura.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder proferir la sentencia condenatoria, se fundamentaron en aseverar que en el proceso estaba demostrado tanto la ocurrencia de la conducta punible como la responsabilidad criminal endilgada en contra del acusado como consecuencia del absoluto grado de credibilidad que dimanaba de lo atestado por el Policial CLEVER ANDRÉS PUELLO, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos y como tuvo ocurrencia la captura del Procesado.

De igual forma el Juez de primer nivel rechazó los reproches propuestos por la Defensa para cuestionar la credibilidad del testimonio del Policial CLEVER ANDRÉS PUELLO, la cual fue tachada de mendaz, porque supuestamente la captura no se pudo dar en el sitio en el que el Policial dice ocurrió. Los argumentos invocados por el *A quo* para discrepar de la tesis propuesta por la Defensa, se fundamentaron en exponer que el Letrado defensor estaba haciendo uso de un conocimiento personal, del cual carecía de pruebas que lo demostrara, aunado a que no se avizoraban motivos o razones que impulsaran a mentir al Policial CLEVER ANDRÉS PUELLO sobre lo acontecido.

Asimismo el *A quo* no le concedió credibilidad las atestaciones de la Sra. MARY LUZ VÉLEZ SAMBONÍ, cuando expuso que como consecuencia de una relación de noviazgo que sostuvo con el Procesado, pudo darse cuenta que dicho sujeto consumía mucho el estupefaciente conocido como “*perico”;* para lo cual el Juez de primer nivel adujo que en el proceso no existía prueba alguna que corroboraran tal adicción.

**LA ALZADA:**

Para expresar su inconformidad con el fallo opugnado, el apelante propuso como tesis de su discrepancia la consistente en que en el proceso no se cumplían con el mínimo de los requisitos probatorios necesarios para poder proferir en contra del Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO un fallo de condena.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante esgrimió los siguientes argumentos:

* La credibilidad que merecía el testimonio rendido por el policial CLEVER ANDRÉS PUELLO se encontraba en tela de juicio, ya que al cotejar sus atestaciones con lo que había consignado en el informe policial en el que reportaba la ocurrencia de los hechos y el arresto del ahora Procesado, se observa que frente a la acontecido existían una serie de contradicciones e incongruencias, de las cuales no era posible precisar: si la requisa se dio cuando los sospechosos estaban frente a los policiales o si estos últimos los tenían inmovilizados; que estaban haciendo en verdad los policías; cual fue la verdadera reacción de los sospechosos ante la presencia de los policías; que estaban haciendo los presuntos implicados; en que sitio en verdad se encontraban los entonces indiciados, etc…
* Gracias al conocimiento personal que tiene del sitio en el cual tuvieron ocurrencia los hechos, le consta que el testigo no pudo haber visto lo que dice que vio respecto de lo que los indiciados estaban haciendo por ese sector, porque si en efecto se estaba movilizando en una motocicleta por el puente de *“La Romelia”*, se sabe que ese puente en sus orejas presenta un peralte con inclinación hacia el lado derecho, lo que a su vez incidía para que el testigo no pudiera darse cuenta de lo que hacían unas personas que estuvieran hacia el lado de la curvatura del peralte. Asimismo el apelante aseveró que es de público conocimiento que en ese sector no existen zonas boscosas o de guaduales.
* La Fiscalía no probó ninguno de los verbos rectores del delito, ya que en el proceso no existían suficientes elementos de juicio con los cuales sea posible determinar si la sustancia incautada iba ser utilizada para el expendio o la venta. Además, la manera como estaba presentada la sustancia estupefaciente en nada incidía ni tenía que ver con el destino que se le iba a dar a la misma.
* Los argumentos utilizados para descalificar el testimonio rendido por la Sra. MARY LUZ VÉLEZ SAMBONÍ, implicaban que a la Defensa se le estuviera exigiendo el cumplimiento de unas tarifas probatorias, para que de esa manera pueda demostrar la condición de adicto del Procesado.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia se absuelva al Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO de los cargos endilgados en su contra.

**LAS RÉPLICAS:**

Al ejercer el derecho de réplica, el representante del Ente Acusador se opuso a las tesis de las discrepancias propuestas por la apelante y en consecuencia solicitó que el fallo opugnado sea confirmado.

En sus alegatos de no recurrente la Fiscalía esgrimió los siguientes argumentos para refutar las pretensiones del apelante:

* No pueden ser de recibo los argumentos propuestos por el recurrente para cuestionar la credibilidad del testimonio rendido por CLEVER ANDRÉS PUELLO, debido a que en momento alguno fue aducido al proceso el informe policial utilizado por el apelante para cuestionar la credibilidad de ese testigo.

Además, en momento alguno el Testigo mintió, ya que expresó de manera razonable y plausible como tuvieron ocurrencia los hechos, en los cuales les solicitaron una requisa a unos personajes, quienes sin existir justificación huyeron, razón por la que los persiguieron y capturaron.

* Lo dicho por el apelante respecto de las características del puente, son simple y meras especulaciones que en momento alguno fueron probadas en el proceso.
* La Fiscalía si cumplió con sus obligaciones probatorias al demostrar los elementos del verbo rector del delito endilgado al Procesado, quien en efecto llevaba consigo unas sustancias estupefacientes, sin que se supiera que el destino de la misma fuera para el consumo o que se tratara de una dosis de aprovisionamiento.
* La Defensa no cumplió con sus cargas probatorias, debido a que no probó que el Procesado fuera un consumidor o adicto, debido que la prueba testimonial allegada al juicio con ese propósito, el testimonio de la Sra. MARY LUZ VÉLEZ SAMBONÍ, resultó ser endeble y parcializado, y por ende digno de poca credibilidad.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

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

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se incurrieron en el fallo opugnado en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que con las pruebas habidas en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO?

**- Solución:**

Frente a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante en contra del fallo confutado, la cual se fundamentó en denunciar la ocurrencia de unos yerros en los que en su sentir el Juez de primer nivel incurrió en la apreciación del acervo probatorio, el cual no satisfacía los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del encausado, la Sala dirá lo siguiente:

* Es cierto que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es 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, pero, acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «l*a incumbencia probatoria»*[[1]](#footnote-1)*,* tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

Al aplicar lo anterior en el caso en estudio, observa la Sala que la Defensa con la tesis propuesta en el proceso, pretendió demostrar la condición de adicto del acusado, pero no lo logró con las pruebas aducidas con tal propósito, debido a que el testimonio rendido por la Sra. MARY LUZ VÉLEZ SAMBONÍ, resultó ser endeble y poco confiable, ya que si bien es cierto que dicha testigo adveró que como consecuencia de una relación sentimental que sostuvo con el acriminado por un lapso de 4 a 5 meses, durante el cual se dio cuenta que EDWIN ANDRÉS RIAÑO era adicto al estupefaciente conocido como *perico;* también es cierto que dicha testigo no es clara ni precisa respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales su novio de entonces consumía esa sustancia estupefaciente, ya que frente a esa situación solo ofrece un relato genérico, indeterminado y abstracto, lo cual tiene su razón de ser a que, como bien lo expuso la declarante, Ellos se veían poco, salieron juntos en pocas ocasiones y no llegaron a convivir.

Situación similar aconteció con el testimonio del Sr. JUAN MANUEL LÓPEZ, investigador de la Defensa, quien no pudo averiguar nada respecto de la condición de adicto del ahora Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO, como consecuencia de la actitud evasiva y poco colaboracionista asumida por dicho fulano, quien no le cumplió las citas las veces en las que lo contactó para indagarlo por tales menesteres, y más por el contrario al parecer se le estuvo escondiendo.

* En lo que tiene que ver con el destino que se le iba a dar a las sustancias estupefacientes incautadas, la Sala es de la opinión que la Fiscalía si cumplió cabalmente con la obligación probatoria que le asistía de demostrar que el destino de esos narcóticos era diferente al del su consumo o de que no se trataba de una dosis de aprovisionamiento. Prueba de ello lo encontramos en la actitud asumida por los entonces indiciado, quienes, según la atestado por CLEVER ANDRÉS PUELLO, al percatarse de la presencia de los policiales, no hicieron caso de los requerimientos efectuados por ellos y decidieron darse a la huida, durante la cual el ahora Procesado lanzó una bolsa plástica que contenida los narcóticos hacia unos guaduales. Para la Sala, el comportamiento asumido por el Procesado, es el propio de una persona que estaba cometiendo un ilícito, ya que de no estar haciendo algo indebido, seguramente que no habría ninguna razón de su parte para no atender los requerimientos de los policiales ni pretender evadirse de la acción de los mismos.

Además, si a lo anterior le aunamos la cantidad de sustancia estupefaciente incautada, 19 dosis, y la forma como ellas estaban empaquetadas, en bolsitas de plástico transparente, todo ello al ser apreciado conjuntamente sería indicativo de que los Policiales con su intervención frustraron una transacción de narcóticos.

* No pueden ser de recibo los argumentos formulados por el apelante para cuestionar la credibilidad que ameritaba el testimonio rendido por el policial CLEVER ANDRÉS PUELLO, debido a que el testigo en su relato expuso con precisión y claridad, sin incurrir en contradicciones ni incoherencias, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo tuvo ocurrencia la incautación de los estupefacientes y la captura del Procesado EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO. Según el relato del testigo, ello aconteció en el momento en que patrullaba en una motocicleta con un camarada por los puentes ubicados en el sector conocido como *“La Romelia”*, y ahí fue cuando se dieron cuenta de dos personas que asumían una actitud sospechosa, quienes al percatarse de la presencia de los policiales se dieron a la huida, durante la cual uno de los fugitivos, quien posteriormente fue identificado como EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO, arrojó hacia una zona boscosa una bolsa plástica, en cuyo interior se encontraban 19 bolsitas que contenían una sustancia que posteriormente al ser sometida a la prueba P.I.P.H resultó ser compatible con cocaína[[2]](#footnote-2).

Ahora, en lo que tiene que ver con los argumentos esgrimidos por la Defensa, para cuestionar la credibilidad de lo adverado por el testigo CLEVER ANDRÉS PUELLO, la Sala considera que los mismos son desacertados por lo siguiente: a) El recurrente se fundamenta en un informe policial, el cual en momento alguno fue aportado al proceso, ya sea como herramienta para refrescar la memoria del testigo o para impugnar la credibilidad de sus dichos, lo que se debió a la actitud asumida por la Defensa en el proceso a partir del momento en el que la Fiscalía pretendió hacer uso del informe policial de marras, de lo cual se opuso con vehemencia la Defensa[[3]](#footnote-3); pero extramente vemos ahora en la alzada como el apelante pretende sacar provecho de ese informe policial, al utilizarlo a modo de *caballito de batalla,* a pesar de que no permitió su introducción al proceso; b) El apelante está tratando de utilizar un supuesto conocimiento personal que tiene del puente *“La Romelia”* y de sus alrededores para refutar la credibilidad del testigo, sin aportar pruebas que de una u otra forma abonen o comprueben ese conocimiento personal que dice tener del sitio de los hechos.

Todo lo antes expuesto le hace a la Sala concluir que el Juzgado *A quo* no incurrió en los errores de apreciación probatoria denunciados por el apelante y en consecuencia que no pueda ser de recibo la tesis de la inconformidad expresada por el recurrente.

Siendo así las cosas, la Sala confirmara en todo aquello que fue objeto de alzada, el fallo confutado.

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 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas en las calendas del veintidós (22) de agosto del 2016, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **EDWIN ANDRÉS RIAÑO TRUJILLO** por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«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»*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo que fue objeto de estipulación probatoria. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver registros # 24:30 al # 24:56. [↑](#footnote-ref-3)