

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05360 60 99057 2014 01649

Acusado: Jhojan Eslava Gutiérrez

Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Maritza Del Socorro Ortiz Castro

Aprobado, según Acta No. 64

Medellín, veintidós (22) de mayo dos mil diecisiete (2017)

Siguiendo los lineamientos de la Ley 1395 de 2010, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa técnica de Jhojan Eslava Gutiérrez, contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, y que data del 30 de septiembre de 2016.

HECHOS

El día 12 de mayo de 2014 siendo las 6:20 horas, a las afueras del Colegio Cristo Rey del municipio de Itagüí (Ant.), Jhojan Eslava Gutiérrez le suministró por \$15.000, la sustancia alucinógena LSD al menor de doce años de edad KCP.

Producto de la ingesta, KCP tuvo que ser llevado al servicio de urgencias, donde le diagnosticaron intoxicación aguda por consumo de LSD.

ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con el escrito de acusación, el 29 de mayo de 2014 se le formuló imputación a Jhojan Eslava Gutiérrez por el delito de suministro a menor - art. 381-agravado, conforme al art. 384 literal b, numeral 1 del CP.

Posteriormente, la Fiscalía presenta acusación por el mismo cargo pero suprimiendo el agravante por considerar que no concurre.

Correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí la etapa del juicio, el que se desarrolló por los causes indicados en el libro III de la ley 906 de 2004 y al finalizar, la Jueza anunció el sentido del fallo desfavorable para el acusado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes –art.376 inciso 2 del C.P.-, tal como lo solicitó la Fiscalía en sus alegatos de conclusión.

Anunciado el sentido de fallo condenatorio, se ordenó la detención inmediata de Jhojan Eslava Gutiérrez en establecimiento penitenciario.

LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Inicia la Jueza de instancia reseñando los hechos soporte del juicio y las intervenciones finales realizadas por las partes, para proceder a responder los distintos cuestionamientos planteados por la nueva defensa técnica en torno a la reclamación de un incidente de nulidad, explicando que tales reparos debían plantearse a través del correspondiente recurso contra la sentencia, dado que no avizora causal de invalidez alguna dentro del trámite. La variación de la tipificación de la conducta propuesta por la Fiscalía, no afectó los derechos fundamentales del procesado porque se respetó el núcleo fáctico de la conducta punible materia de acusación pues siempre se dijo que Jhojan Eslava Gutierrez le suministró al menor, sustancia alucinógena a manera onerosa y fue la propia Fiscalía la que solicitó condena por el delito previsto en el art. 376 del C.P., bajo la misma modalidad de suministro, eliminándose la expresión “adicción” prevista en el art.381 del C.P.-

Estima que con las pruebas practicadas en juicio y con base en la libertad probatoria, se pudo acreditar tanto la conducta punible señalada como la responsabilidad del acusado, desvirtuándose la tesis defensiva que busca debilitar la prueba de cargo al no hallar conocimiento directo de los hechos frente a la configuración típica de la conducta.

Sobre tales críticas señala que si bien el padre del menor, no tiene un conocimiento de los hechos, no es un testigo indirecto porque presencié los cambios de comportamiento de su menor hijo cuando estaba bajo los efectos de la sustancia prohibida y, en cumplimiento al deber que le asiste de garantizar su cuidado, es legal que hubiera revisado las conversaciones electrónicas que la víctima tuvo con el

acusado, desde donde se conoce los contactos previos que mantuvo con éste para obtener la sustancia alucinógena.

Sustancia que aunque no fue científicamente identificada como LSD, sí alcanza demostración en juicio a través de los diagnósticos emitidos por los expertos, producto de los síntomas que sufrió el menor con su ingesta, así como de las propias manifestaciones de éste en juicio y del conocimiento que se tuvo del contenido de los correos electrónicos.

De acuerdo con lo reseñado por los peritos de la Fiscalía, son varios los síntomas que presenta una persona que consume LSD, los que acompañaban el estado físico y psíquico del menor cuando ingresó al servicio de urgencias, sumado a la respuesta positiva al tratamiento que por ese diagnóstico se le adelantó.

Y, aunque el perito de la defensa indicó que hay otras sustancias que pueden generar efectos similares al LSD, conforme a la valoración integral que se hace de la prueba practicada en juicio, no hay duda que esto fue lo que consumió el menor y, fue el acusado quien le entregó esta droga prohibida, prevista en el cuadro 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, la que según los expertos llevados a juicio no es adictiva sino alucinógena.

En consecuencia, por encontrar responsable al acusado del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme al art. 376 inciso 2 del CP, lo condena a las penas mínimas de 64 meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de rigor por igual término y le negó los sustitutos consagrados en los arts. 63 y 38 del Código Penal, por ausencia del cumplimiento de los requisitos allí previstos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa técnica se muestra inconforme con la sentencia interponiendo y sustentado el recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se ordene la libertad de su asistido.

Y previo a controvertir los argumentos del fallo condenatorio, realiza un recuento de la actuación procesal, para seguidamente plantear su disenso con la siguiente argumentación:

- Violación al derecho de defensa:

Considera que se configuró la afectación a esta garantía constitucional, tal y como lo advirtió la misma Jueza de instancia al mostrar los errores en que había incurrido la defensa técnica al no impugnar a los testigos ni abordar correctamente a los peritos, de modo que se apreció una defensa pasiva y sin embargo, se le permitió actuando en detrimento de los derechos del acusado, cuando debió intervenir oportunamente para subsanar la falencia.

Pasividad de la defensa que se vio reflejada en la audiencia preparatoria cuando no pudo abordar las pruebas de descargo desde otra perspectiva probatoria como lo señaló el Tribunal al declarar desierto el recurso de apelación presentado por la defensa contra la negativa del decreto de pruebas por ésta solicitadas. Pasividad que no puede catalogarse de estratégica sino producto de una falta de conocimiento, que deslegitima la defensa material.

Dice, que si la defensa se hubiera ejercido de otra manera, los argumentos de la variación jurídica asumida por parte de la fiscalía en sus alegatos de clausura, los resultados de la sentencia serían favorables para el acusado.

- Defecto fáctico por indebida valoración probatoria

Considera que la Jueza incurre en errada valoración probatoria al no ser imparcial en dicha tarea.

Sustenta la tesis destacando un aparte de la declaración rendida por el menor KCP para mostrar que fue éste quien le insistió a su representado que le comprara la sustancia LSD, le dijo cómo y dónde entregársela, lo engañó señalándole que era para un amigo mayor de edad, mientras el acusado fue reiterativo diciéndole que si era para él, no la conseguía, evidenciando que no existió un acuerdo previo ni distribución dolosa de la misma en centro educativo, como lo admitió la misma Fiscalía al retirarle la agravante.

En el acusado nunca nació la idea, ni tuvo la intención de suministrar sustancia que genere dependencia a un menor de edad. No tuvo dolo porque fue engañado por KCP, como éste mismo lo admite en juicio reconociendo las mentiras que le dijo.

Con las declaraciones del menor y de su progenitora se demuestra que el procesado no es traficante ni distribuidor de ningún tipo de sustancias, por ende es inexistente el tráfico de estupefacientes, razón por la cual no era posible la variación jurídica que terminó avalando la juez de instancia, errando en la valoración de la prueba al ir en contravía de lo señalado por los mismos testigos.

- Variación de la calificación jurídica por principio de favorabilidad:

La variación que de la calificación jurídica hizo la Fiscalía, acogida por la Jueza en la sentencia, desconoció el principio de congruencia, haciendo amplia cita jurisprudencial para respaldar su postura jurídica.

Considera que al no demostrarse los elementos estructurales del punible por el que se acusó -suministro a menor-, lo que realmente se hizo fue disfrazar el principio de favorabilidad. Como no hay duda que la sustancia no genera dependencia, las circunstancias fácticas y jurídicas que se le reprocharon al acusado nunca existieron conforme al delito previsto en el art. 381 del CP, por lo tanto, lo que debía hacer la Fiscalía, era solicitar absolución perentoria y no variar la calificación jurídica por la conducta prevista en el art. 376 inc. 2 del CP.

Además, no se respetó el núcleo fáctico de la acusación porque si bien la modulación fue solicitada por la Fiscalía y, la conducta versa sobre el presunto mismo género y se trata de un delito de menor entidad, nunca se habló de distribución con fines de tráfico, por lo que al tomarse por sorpresa a la defensa, el acusado no podía ser condenado por otro delito.

Por último, solicita que se verifique y de ser necesario, se investigue la conducta asumida por la Juez de primera instancia, por el mal manejo del lenguaje no verbal.

No recurrentes

La Fiscalía hizo uso del traslado como parte no recurrente para controvertir los planteamientos del apelante, en los siguientes términos:

Solicita que se confirme la sentencia apelada por no compartir en lo absoluto los argumentos esgrimidas por el defensor, los cuales parecen más un ataque injusto al anterior defensor y a la Juez de primera instancia, que una explicación a los fundamentos de disenso.

Ello por cuanto si el nuevo defensor se hubiese detenido en la audiencia preparatoria, se habría dado cuenta que en nada incidía la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra la negativa a practicar unas pruebas comunes a la Fiscalía, porque la defensa tuvo la oportunidad y así lo hizo, de ejercer el contrainterrogatorio y, es que tan diligente fue, que llamó a juicio a un perito con quien se generó debate. Además, fueron varios los defensores con los que contó el acusado, con quienes pretendió llegar a un acuerdo, que incluso se presentaron ante la Juez.

Y no es cierto que la a-quo advirtió falencias en la defensa, sino que señaló que hay momentos preclusivos para ciertas peticiones o, que por ejemplo, lo que se debió hacer fue sostener más conversaciones con la Fiscalía para negociar. En todo caso, cualquier profesional del derecho tiene una forma de realizar sus labores sin que ello necesariamente signifique que lo hizo mal.

En este caso sí hubo acuerdo previo, porque el acusado consiguió la sustancia que le pidió el menor, le dio un precio, se encontraron y se la entregó, por lo que no hay lugar a afirmar que la Jueza de primera instancia estuvo parcializada, quien nunca afirmó que el acusado era un traficante, sólo que la acción de suministrar puede hacerse a título oneroso o gratuito y en este caso hubo pago.

Frente a algunas manifestaciones realizadas por el defensor, aduce que pareciera que no escuchó los audios, porque nunca se dijo que el acusado fue quien tuvo la idea de suministrar, que el menor nunca indicó que la sustancia era para una persona mayor de edad sino para un amigo de 15 años y mucho menos que el procesado le haya dicho que si el LSD era para él, no la conseguía; sólo le dio algunas indicaciones y le dijo a su primo que no la fuera a consumir. En todo caso, destacó el hecho que la sustancia LSD sí le fue entregada a un menor de edad a cambio de quince mil pesos, de ahí que la Jueza haya fallado con base en lo probado y no en las buenas intenciones del enjuiciado, ni tampoco en lo que pensó la Fiscalía, quien en todo caso tiene el convencimiento de la responsabilidad.

No duda que conforme a la jurisprudencia, en este caso se cumplen todos los presupuestos para variar la calificación, pues hay congruencia entre los hechos imputados, acusados, lo probado y pedido por la Fiscalía al finalizar el juicio oral.

Por último, rechaza por falaces las afirmaciones de la defensa en tema de la censura que hace a la Jueza por su comportamiento.

CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, siendo parámetro a tener en cuenta la prohibición de reformar en perjuicio del acusado, por ser la defensa apelante única, art. 31 de la Constitución Nacional y art. 20 de la ley citada.

Salvo el control de validez, rige la justicia rogada, por ende el tema de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala.

Las alegaciones tendientes a colocar en evidencia la falta de defensa técnica, buscan, así no lo exprese el recurrente, el reconocimiento de una nulidad de la actuación por violación a esa garantía constitucional, por ende, se impone en orden lógico examinar en primer orden tal planteamiento.

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho a la defensa como presupuesto esencial del debido proceso penal, indicando que: “(...) *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (...)*”. Igualmente, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 8 literal e), establece a favor del procesado el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

Frente a ello, la Corte Constitucional ha explicado que: “... *hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses*”¹ y, se exige “...*en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho*”².

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que la vulneración a la garantía de defensa técnica se presenta no solamente cuando el procesado carece de un abogado que lo represente, sino también en situaciones en que habiendo estado, éste abandona las funciones que el cargo le impone como gestión defensiva durante el curso del proceso penal³:

¹ Sentencia C-069 de 2009.

² Ídem

³ Sentencia SP-3052-2015. Radicado 42.337 del 18 de marzo de 2015. MP. Patricia Salazar Cuellar.

“[C]oncretamente frente al derecho de defensa, ha sostenido la Sala que su vulneración deviene en inobjetable cuando el procesado ha permanecido desprovisto de ella durante la actuación procesal, esto es, ante la absoluta falta de defensa técnica, que bien puede presentarse porque no habiendo designado defensor de confianza el Estado permaneció indiferente ante dicha situación, absteniéndose de proporcionarle uno que asuma la protección de sus intereses. También cuando a pesar de estar dotado formalmente de un defensor, éste ha desatendido por completo los deberes que el cargo le impone, abandonando a su propia suerte a quien debe asistencia técnica, al punto que aparezca ostensible que no actuó o que estratégicamente tampoco ejerció ningún control o vigilancia sobre el proceso para que al final el fallo de condena hubiere podido evitarse, o por lo menos atenuarse”⁴.

También, la misma Corporación ha explicado que no es posible plantear vulneraciones a tal derecho con fundamento en pruebas o estrategias que después del resultado del juicio le hubiera gustado proponer al procesado y su nuevo defensor:

“8. Frente a la índole del ataque intentado en el primero de los reproches, hay que enfatizar en que no son cotejables los presupuestos de estas nociones en que se funda la razón de ser de la defensa técnica, con la argumentación a posteriori que procura reivindicar su quebranto simplemente bajo el enunciado de haber estado -quien así lo alega-, en mejor condición profesional o de estrategia de defensa frente a quien hubo de intervenir en desarrollo de la actuación.

Se trata de una perspectiva eminentemente subjetiva y arbitraria que desde luego resulta más que insuficiente para acreditar un pretendido quebranto de este derecho. La Corte ha rechazado en forma radical que se pretexto un argumento semejante en orden a discutir la eficacia de la defensa técnica, al señalar como deleznable que:

“...profesionales del derecho entren a postular mejores estrategias defensivas que las asumidas por quien tuvo a cargo durante el trámite judicial la representación de los intereses del procesado, habida cuenta que el ejercicio de profesiones liberales como lo es la del derecho, parte de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa, sin que sea posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable frente a cada asunto cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas, tiene de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad misma, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal” (Cas.10.424).”⁵

⁴ CSJ SP. 3 Dic. 2001, Rad. 11085

⁵ Auto de 28 de septiembre de 2006, radicación 25247.

Bajo este marco conceptual y descendiendo al caso que se analiza, luce evidente que el reproche del nuevo defensor frente al papel ejercido por su antecesor, no logra ninguna prosperidad, conforme pasa a explicarse:

Las nulidades sólo pueden decretarse por violación de garantías fundamentales, esto es, por afectación de aspectos sustanciales y según los principios que las rigen⁶, entre los que se encuentra el de trascendencia, consistente en que quien la plantea, tiene el ineludible deber de demostrar no solo la ocurrencia de la irregularidad, sino la afectación real y cierta que ello le causa, a esas garantías fundamentales.

Indica el apelante que hubo ausencia de defensa técnica porque la Jueza señaló que el abogado que la ejercía había incurrido en varios errores al momento de abordar los testigos de “descargo”, y por haber sido declarado desierto el recurso de apelación que interpuso contra la negativa del decreto de algunas de las pruebas pedidas, pero totalmente huérfana se presenta su alegación pues no explica cuáles fueron los errores de la defensa en la práctica de los interrogatorios o conainterrogatorios a los testigos y peritos pues, aducir que la Jueza los mencionó en la providencia, no es argumento para darlos por configurados, máxime cuando ese hecho no es cierto pues en la sentencia no se encuentra mención a este tema.

En efecto, lo que hizo la Jueza fue responder las alegaciones conclusivas presentadas por el defensor, sin que se aprecie en dicha providencia críticas al ejercicio que este tuvo dentro del mismo frente a los interrogatorios aludidos.

Es más, de haber existido error en esos interrogatorios era tarea del censor colocarlos de presente, pero no solo eso, tenía la carga argumentativa de demostrar la trascendencia que ellos tuvieren frente a la decisión final, lo que no hizo, pues se limitó a denunciar que otros hubiesen sido los resultados pero sin sustentar la razón de ello. Nada dijo sobre cómo estas presuntas falencias afectaron el derecho de defensa que le asiste al acusado, ni cómo habrían incidido en la decisión adoptada, si se hubiera ejercido de otra manera.

Ahora, la declaratoria de desierto de un recurso de apelación, por sí solo no es argumento para sustentar una ausencia de defensa técnica, pues se debe evidenciar la afectación que ese acto genera en la parte, por eso limitarse a aducir que otra sería la perspectiva probatoria, no pasa de ser una alusión genérica e insustancial,

⁶ Consultar sentencia 21.580 de marzo 3 de 2004, aplicables en la nueva sistemática penal, como reiteradamente lo ha explicado la jurisprudencia, consúltese sentencia del 30 de marzo de 2009, radi.30.710.

máxime cuando en este caso la decisión de negar el decreto de unas pruebas pedidas por la defensa, radicó en la condición de testigos comunes con la Fiscalía sin que se abordaran temas diferentes a los esgrimidos por el ente acusador, por ende, su decreto resultaba impertinente conforme lo viene explicando la jurisprudencia⁷ y, la nueva defensa no explica por qué se tendrían otros resultados de no haberse decretado desierto el recurso o qué pruebas dejaron de solicitarse que hubiesen cambiado el rumbo de lo decidido.

Es claro, que la declaratoria de desierto del recurso, no limitó a la defensa para ejercer actos positivos dentro de la actuación procesal o al menos de ello nada dice el censor, ya que aquella hizo uso del conainterrogatorio a los testigos de cargo y presentó los correspondientes alegatos, enmarcándose sus intervenciones dentro de lo razonable, revelando que tuvo el respectivo acercamiento al curso de la investigación y además desplegó las actividades correspondientes para la materialización de su estrategia defensiva, tales como la intervención de un experto en farmacodependencia, lo cual como atinadamente lo sostuvo la Fiscalía en calidad de no recurrente, originó debate de cara a la calidad de la sustancia suministrada y a su característica de alucinógeno y no a droga que genera adicción.

Entonces, analizados los registros de la actuación no solo encuentra la Sala que el abogado que asistió a Jhojan Eslava Gutiérrez en el juicio oral fue activo en pro de salvaguardar sus intereses, sino que tampoco se advierte aspecto contundente de desconocimiento o falta de instrucción susceptible de vulnerar el derecho a una representación eficaz, por tanto ninguna prosperidad tiene su censura.

También estima el recurrente que con la variación de la calificación jurídica, se vulneró el principio de congruencia, porque al no haberse estructurado los elementos del tipo penal por el que se formuló acusación, debió declararse la absolución perentoria a favor del procesado, sorprendiéndose a la defensa con el cambio de las circunstancias fácticas y jurídicas por las cuales se profirió condena.

Al respecto sea lo primero indicar que la congruencia es una garantía del derecho a la defensa dado que la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, permite que a una persona solo se le pueda condenar por hechos y delitos de los que tuvo conocimiento, materializándose con ello el derecho a la contradicción y, nada tiene que ver este instituto jurídico con el principio de

⁷ Auto del 21 de mayo de 2014, radicado 42.864

favorabilidad como lo plantea la defensa, pues son conceptos diferentes, este último toca con la aplicación de la norma más benéfica en un tránsito legislativo.

El concepto de congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia ha sido ampliamente explicado por la jurisprudencia y se entiende como *“una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento...⁸”*. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado, ni extralimitado, porque si se altera se estará en presencia de otro comportamiento y si se extralimita o desborda, se estarían atribuyendo otros hechos, otra conducta punible no incluida en el pliego de cargos.

De allí que ha sido reiterativa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹, al explicar que los jueces no pueden apartarse de la imputación fáctica, pero sí de la imputación jurídica, siempre que se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad, y sin afectación a los derechos de partes e intervinientes

En este caso, se tiene que el fundamento fáctico aducido por la Fiscalía para formular acusación, se centró en que el 12 de mayo de 2014 a eso de las 6:30 de la mañana, a la entrada del Colegio Cristo Rey de Itagüí, Jhojan Eslava Gutiérrez le entregó a su primo KCP sustancia estupefaciente LSD, recibiendo a cambio quince mil pesos. El elevado consumo de la droga, intoxicó al menor.

Con fundamento en lo anterior, le formuló acusación por el delito previsto en el art. 381 del CPP: *“Suministro a menor. El que suministre, administre o facilite a un menor droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, incurrirá en prisión de 96 a 216 meses”*.

Al momento de presentar sus alegatos conclusivos, la delegada de la Fiscalía reiteró las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, pero resaltó que al establecerse que el LSD es una sustancia que no produce dependencia, sino que se trata de un alucinógeno contemplado en las prohibiciones del cuadro 1 del Convenio de las Naciones Unidas, la conducta enmarca en el delito previsto en el art. 376 del C.P: *“Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o*

⁸ Auto No 23871 del 10 de agosto de 2005

⁹ Ver entre otras, sentencias del 27 de julio de 2007, radicado 26.468, y del 3 de junio de 2009, radicado 28.649; auto del 7 de abril de 2011, radicado 35.179

suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de...”.

Y, en esos términos se profirió sentencia.

Es decir, que en efecto hubo un cambio de imputación jurídica, pues se había acusado por la conducta prevista en el art. 381 del C.P. y se profirió sentencia por la contemplada en el art.376 del CP.

No obstante, el cambio no afecta el núcleo fáctico de la acusación, pues se trata del suministro de droga prohibida, desapareciendo solo el carácter de dependencia de la misma, lo que significa que efectivamente se infringió la conducta punible contemplada en el art. 376 del CP, pues Jhojan Eslava Gutiérrez le suministró a KCP sustancia psicotrópica (sintética), correspondiente a LSD, contemplada en la Lista 1 del “CONVENIO SOBRE SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS 1971 con inclusión del Acta Final y de las resoluciones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1971 para la Adopción de un Protocolo sobre Sustancias Sicotrópicas, así como de las Listas anexas al Convenio”.

Es decir, aunque varió el fundamento jurídico, no sucedió lo mismo con el fáctico en todas sus dimensiones; por lo que puede afirmarse que se cumplieron los requisitos previstos en el art. 448 del CPP., para la emisión de condena.

Así mismo, se atendió la antigua línea jurisprudencial que preveía que el Juez puede condenar por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Y, si bien, la jurisprudencia sobre la congruencia se ha venido flexibilizando señalando que el juez se puede apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado, para luego terminar admitiendo que hasta se puede proferir sentencia condenatoria, aun cuando la

Fiscalía solicita absolución; en este caso no se llega a tal extremo pues el cambio de imputación jurídica fue propuesto por la misma Fiscalía en sus alegatos conclusivos.

Cambio que no ofrece sorprendimiento a la defensa, pues ambas conductas punibles están contemplados en el Título XIII De los delitos contra la salud pública, Capítulo II Del tráfico de estupefacientes y otras disposiciones del Código Penal y punitivamente resulta menos gravosa la conducta por la cual se solicitó condena, pues el delito por el que se acusó prevé una pena de 96 a 216 meses de prisión, mientras que aquel es de 64 y 108 meses. Y, como se reseñó, no varió el núcleo fáctico de la acusación, porque se trata de suministro de droga prohibida, por tanto no se afectaron los derechos de los sujetos intervinientes.

El hecho que la denominación de la conducta punible por la que se condenó sea “tráfico, fabricación o portes de estupefacientes”, no hace más gravosa la situación del acusado, como se evidencia por la punibilidad que consagra cada uno de los tipos penales, máxime cuando no se hizo juicio de valor para derivar de allí mayor reproche penal.

Tampoco resultaba viable reclamar una absolución perentoria, como lo dice el apelante, pues esta figura consagrada en el art. 442 del CPP, prevé que terminada la práctica de las pruebas, puede ser pedida por alguna de las partes “*cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación...*”.

En la providencia radicada No. 34848 del 31 de agosto de 2011, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó:

“... la expresión ostensiblemente atípica consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, sugiere como conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo; es decir cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica¹⁰. Así por ejemplo no existirá daño en bien ajeno, si el bien es propio, o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad.

De donde deviene, que ante la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo objetivo, aquellos que como viene de verse no requieren un especial proceso valorativo para su comprensión por parte del juzgador, la conducta se torne

¹⁰ Si bien las circunstancias de agravación o de atenuación son elementos objetivos del tipo, de su ausencia no deviene la atipicidad del comportamiento.

manifiestamente atípica; siendo por ello que resulta excusada la intervención de los sujetos procesales para sus alegaciones finales, pues aquellas resultarían inanes ante la evidencia de la conclusión, siendo en tales casos en los que resulta posible invocar la absolución perentoria”.

Es así como se tiene que sólo habrá lugar a la absolución perentoria cuando la conducta punible es manifiestamente atípica, es decir, cuando no se configuran los ingredientes objetivos ni subjetivos del tipo penal, y no ante la variación de la calificación jurídica, donde el Juez debe hacer una valoración de la prueba practicada en el juicio.

En este caso, la tipicidad objetiva del art. 376 del CP, está revestida por el suministro de sustancia sicotrópica o droga sintética, contemplada en el cuadro uno del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas; mientras que la tipicidad subjetiva, por el conocimiento y voluntad de los hechos, es decir, del dolo con el que se actuó.

Precisamente sobre el tema del dolo, no erró la Jueza al hallarlo configurado, pues así hubiese sido el menor víctima el que buscara insistentemente al acusado para obtener el alucinógeno, es claro que el joven mayor de edad estaba en capacidad de comprender la ilicitud y de autodeterminarse, lo que hizo para realizar la conducta delictiva, con consciencia y voluntad.

Tampoco es cierto que haya sido engañado por el menor señalando que el alucinógeno era para una persona mayor de edad, pues fue enfático el joven en asegurar que le informó que la sustancia tenía como destino otro menor de edad de 15 años.

Pero, es más, en este caso, ninguna relevancia reviste si el receptor del LSD era una persona mayor o menor de edad, al no ser la edad un elemento del tipo penal, lo relevante es que a pesar que Jhojan Eslava Gutiérrez conocía sobre la ilicitud de suministrar esa sustancia, así decidió hacerlo a título oneroso.

De contera, ninguna falencia se aprecia en la valoración probatoria, quedando claro que la censura propuesta contra la sentencia no prospera e impera su confirmación.

Por último, respecto a la solicitud que hace la defensa para que se ordene investigar a la Juez de instancia por su “lenguaje no verbal”, no aprecia la Sala comportamiento

alguno de la funcionaria que así lo amerite, quedando la parte en libertad de hacerlo si considera que se ha incurrido en falta disciplinaria.

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: confirmar** la sentencia objeto de apelación.

Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA**

**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**

**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO**