



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 041

(Sesión del primero de junio de 2020)

Radicado: 05-001-60-00206-2018-06748
Procesado: Juan Daniel García Restrepo
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Fiscalía apela fallo absolutorio
Decisión: Confirma absolución
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 5 de junio 2020

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 27 de febrero de 2019, por la cual el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, absolvió a Juan Daniel García Restrepo de los cargos de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. HECHOS

Según la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, aproximadamente a las 7:20 p.m. del 10 de febrero de 2018, los patrulleros Aza Meneses y Ruiz Anaya, quienes con antelación sabían, por información que recibió el primero de los policías de fuente anónima, que a esa hora se *“surtía la plaza de vicio conocida como La Paleta”* situada en la calle 65C entre carreras 90 y 91, sector La Pola del barrio Robledo de la ciudad de Medellín, se ubicaron en la parte inferior –carrera 90- con el objetivo de aprehender a la persona que llegara a la zona para proveerla con estupefacientes.

A esa hora y en virtud de información que les suministró vía celular el patrullero Jonathan Osorio quien con un colega se había ubicado en la parte superior de la calle 65C, Aza Meneses y Ruiz Anaya fijaron la atención en un sujeto que descendiera por la vía con un morral negro a su espalda.

Cuando observaron al individuo referenciado, emprendieron su persecución, pero este salió corriendo por el costado sur por uno de los varios callejones que hay en el sector. Los patrulleros continuaron el seguimiento e ingresaron al laberinto de callejones por diferentes entradas con el fin cercarlo y darle captura.

Unos metros más delante de la vía principal y en una zona boscosa contigua a los callejones, el patrullero Aza Meneses se topó con el individuo que en el acto arrojó un morral a la grama. En ese momento y de ese lugar, al que también arribó Ruiz Anaya, salieron corriendo dos personas. A uno de ellos, el menor de edad A.S. se le capturó, el otro logró huir.

El patrullero Ruiz Anaya tomó el morral y en este halló una sustancia vegetal similar a la marihuana y otra de color blanco con características propias de la cocaína. El material fue sometido a estudio pericial y su resultado fue positivo para marihuana con un peso neto de 464.4 gramos distribuida en 234 cigarrillos y la segunda con un peso neto de 348.9 gramos para cocaína y sus derivados, distribuida 376 bolsas plásticas transparentes.

Los agentes del orden capturaron a Juan Daniel García Restrepo porque este fue el sujeto que arrojó el morral donde estaba la sustancia incautada-

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Las audiencias preliminares

El 11 de febrero de 2018, la Fiscalía General de la Nación por conducto de su delegado solicitó la legalización de captura del ciudadano y le formuló imputación por la comisión del delito de Tráfico, fabricación o porte de

Radicado: 05-001-60-00206-2018-06748
Procesado: Juan Daniel García Restrepo
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo según disponen los incisos primero y segundo del artículo 376 del Código Penal.

En esa misma diligencia preliminar al sujeto se le impuso detención preventiva en su domicilio.

Como el imputado no aceptó el cargo, el Fiscal radicó el escrito que contiene la acusación que por reparto correspondió al Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad.

3.2. Audiencias ante juez de conocimiento

El 29 de mayo de 2018 se agotó la audiencia de formulación oral de la acusación. Al tanto que el 21 de agosto de esa misma anualidad se realizó la audiencia preparatoria del juicio oral.

El juicio se llevó a cabo en varias sesiones: 10 y 17 de octubre; 9 de noviembre de 2018; 7 y 27 de febrero de 2019, en esta oportunidad se anunció el sentido de fallo absolutorio y se leyó la providencia correspondiente.

3.3 Sentencia de primera instancia

Grosso modo, en la motivación del fallo la juez destacó que en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General de la Nación no probó la responsabilidad del enjuiciado más allá de toda duda razonable. No hay certeza de que el sujeto agente llevaba la sustancia estupefaciente con fines de venta como lo prometió la delegada.

En el juicio solo se probó que un ciudadano alertó al agente Jorge Aza Meneses, adscrito al CAI de Aures, de la existencia de una “*plaza de vicio*” que opera desde las 6:00 p.m. en adelante, en la calle 65 EE, entre las carreras 90 y 91 de esta ciudad.

De igual forma, destacó la juez, se probó que, en virtud de la información, el 10 de febrero de 2018 el agente Aza Meneses en compañía de otros miembros

de la institución, adelantaron un operativo en ese lugar. En esa oportunidad se incautó el morral que contenía la sustancia estupefaciente y fue capturado García Restrepo y un menor de edad. Empero, de la prueba no se desprende en grado de certeza que procesado en efecto fuese la persona que llevaba el referido morral.

En el juicio declararon los patrulleros Jorge Alberto Aza Meneses y José Manuel Ruiz Anaya como testigos de cargo. pero sus contradicciones son tan evidentes que no quedó claro quién de ellos observó el momento en que el procesado arrojó el bolso donde fue hallada la sustancia estupefaciente.

En la narración de la secuencia fáctica, los policías refieren que emprendieron la persecución del sujeto y aunque ambos tomaron vías diferentes, afirman que nunca lo perdieron de vista. Pero no solo ello, aunque corrieron por callejones distintos, igualmente atestiguaron que observaron cuando el procesado se desprendió del morral. Esta circunstancia merma credibilidad y verosimilitud a los testimonios. Uno de los patrulleros, o los dos, mienten, concluyó la juez.

La única explicación lógica a la versión de los patrulleros, destacó la funcionaria *“es que se perseguía a varios sujetos, como efectivamente lo afirmó Juan Daniel en su declaración y lo dejan ver los agentes cuando indican que varias personas huían del sitio, sin que se tenga certeza de cuál de ellas portaba consigo el bolso”* Ahora, como no es posible establecer cuál versión, en relación con el sorprendimiento del sujeto con el bolso en su poder es cierta, ambas se tienen que descartar.

Como bien lo expusieron los testigos de cargo, fueron tres las personas que huyeron cuando la fuerza pública se presentó en el lugar cercano donde fue hallado el morral.

En este sentido, se anotó en la sentencia: *“se debilita la versión en torno a que el señalamiento en contra de Juan David se hizo cuando este bajaba por la calle 65C, pues no es razonable que, si la persecución se inició contra él exclusivamente, al mismo tiempo y por los mismos callejones para concluir en idéntico punto corrieran otras dos personas. Ello evidencia que los testigos no son creíbles, y cobra fuerza la teoría planteada por la defensa y sustentada a través de prueba de descargos, que pone en escena a Juan Daniel consumiendo*

Radicado: 05-001-60-00206-2018-06748
Procesado: Juan Daniel García Restrepo
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sustancias estupefacientes en una casa abandonada del sector hasta donde arribaron los policiales.”

No es razonable que el agente Aza Meneses diga que tardó 10 segundos para recorrer la distancia que había entre él y la persona contra la que inició la persecución, si entre ambos había una distancia de 30 o 40 metros, o 10 como lo atestó, pues las características de la motocicleta: alto cilindraje y peso elevado, dificultan su desplazamiento a baja velocidad. Esto es relevante, concluyó el *a quo*: *“por cuanto reafirma que la distancia entre él y el ciudadano era amplia, como se describió párrafos atrás, lo que difícilmente le permitía observar inequívocamente qué persona, de las que se han ubicado en la escena, se despojó del morral”.*

El origen de la información que llegó a los agentes de policía, la actuación irregular en relación con ella y la declaración del patrullero Aza Meneses pone en evidencia que el único fin de los agentes del orden era materializar un *“buen procedimiento de captura”*, *“un golpe duro”* sin importar a quien se le atribuía la responsabilidad de la acción.

La anterior circunstancia lo corrobora el hecho declarado por el mismo testigo, en el sentido de haber dejado en libertad al menor de edad, también capturado en ese procedimiento policial sin reparar en el compromiso que pudiese tener con la sustancia estupefaciente.

De otra parte, se anotó en la sentencia, los testigos de descargos justifican la presencia del procesado en la escena de los acontecimientos en una actividad diferente a la que intentan construir los agentes del orden, amén de que el procesado reconoce que es consumidor habitual de marihuana.

En conclusión, anotó el despacho, luego de escudriñar y valorar la declaración de los testigos de cargo se tiene que la Fiscalía cumplió la carga de desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a todo ciudadano.

3.4. Del recurso

La delegada de la Fiscalía recurrió la decisión destacando que en el caso se estipuló la materialidad del injusto, por lo que le restaba probar la

responsabilidad del enjuiciado. En este orden de ideas destacó que en debate oral probó:

Que fueron testigos de los hechos los patrulleros José Ruiz Anaya y Jorge Aza Meneses, y las ciudadanas, testigos de la defensa, María Fernanda Campero Arenas y Lensy Yuliet García Acevedo. El Procesado Juan Daniel García Restrepo, también declaró en juicio.

El lugar donde fue capturado el acusado es una reconocida plaza de vicio llamada La Paleta. Esto lo afirmaron los dos policías que declararon, pues conocen el sector, lo han patrullado y llevan varias capturas. Inclusive, conocen la existencia de los llamados “*campaneros*” que facilitan la venta de estupefacientes. El procesado también lo reconoció en su declaración.

Los policías llegaron el 10 de febrero de 2018 al lugar donde fue capturado Juan Daniel García Restrepo “*carrera 65C con calle 91A*” sector La Pola, barrio Robledo, porque el patrullero Aza Meneses recibió información de una persona según la cual esa plaza de vicio era surtida entre 6 y 7 de la noche.

Por esta razón, el agente Jorge Alberto Aza Meneses, gestó la idea de verificar las personas que pudieran llevar ese surtido para darle captura. También pensó que tendría que hacerlo cuando estuviera de turno.

El 10 de febrero de 2018, aproximadamente a las 7:30 en la “*carrera 65C con calle 91A*”, vía pública, el procesado fue capturado por la Policía Nacional.

Para los testigos el oriente está en la carrera 65C donde se ubicaron los policías. El occidente es zona boscosa con luz artificial y allí hay una finca, por donde continúa la “*carrera 65C*”. El norte “*es ciudad*” y hacia el sur están los callejones y escalas por donde corrió Juan Daniel.

Los policías que capturaron al sujeto agente, son el Patrullero José Ruiz Anaya y Jorge Aza Meneses quienes se apoyaron en dos colegas de otro cuadrante, para que se ubicaran en el extremo occidental por donde podría ingresar con el estupefaciente para surtir la plaza de vicio

El día de la aprehensión, el sujeto vestía una camiseta gris. Salió corriendo y detrás de él, el patrullero José Ruiz Anaya. Esto lo corroboran los testigos de la defensa María Fernanda Campero Arenas.

Ahora, para que se dicte una sentencia condenatoria contra el procesado, a la Fiscalía General de la Nación le basta con probar en grado de certeza racional, es decir relativa, la autoría y responsabilidad. Aspecto que cumplió respecto de Juan Daniel García Restrepo, pues las leves contradicciones de los testigos de cargo no son suficiente para desestimar la declaración. Solo en detalles no coinciden, mas no en lo determinante, la versión de los testigos de cargo.

En el *sub examine*, no hay diferencias ostensibles en el dicho de los testigos, aunque sí percepciones con detalles diferentes, lo que es entendible si se tiene en cuenta que todos estaban en puntos diferentes y momentos diferentes, y perciben las cosas según esas circunstancias.

Mas adelante y luego de resumir las declaraciones tanto de testigos de cargo como de descargo, la recurrente expuso para refutar los argumentos de la sentencia que la juez resaltó múltiples irregularidades del actuar contrario a la ley por parte de los policiales. No obstante, para la Fiscalía y teniendo en cuenta lo probado en juicio, los testigos querían tratar de dar con quien surtía esta plaza de vicio, no solo porque les daba un golpe mayor sino porque ellos habían recibido la información y querían tener su positivo.

Esto es así porque sobre ello no hubo refutación. Por el contrario, la defensa y la falladora parecieran ver en ello un operativo de mayores proporciones a la que es en sí una captura en flagrancia. En este aspecto y en lo demás los testigos de la policía fueron seguros, coherentes, relataron lo que percibieron, sin sesgos y sin ánimo de amañar sus dichos.

Los agentes del Estado no son una caterva de testigos falsos como parece pensar defensa y judicatura, y aunque incurrir en algunas imprecisiones, estas pueden perfectamente analizarse desde la lógica y lo razonable. Ellos hicieron fue una captura en flagrancia.

En la sentencia y sobre todo la defensa, refiere un operativo de mayor magnitud a lo que realmente sucedió. Los policías no tuvieron un ánimo más allá de sacar un caso. Capturar a quien llevaba droga para la plaza. En el contrainterrogatorio la defensa cuestionó a los patrulleros sobre el operativo, la noticia criminal y la información a los superiores. Y si bien los policías se embrollaron cuando confundieron informante con información, o información con noticia criminal, o noticia criminal con informe ejecutivo, de ello no se desprende dolo o mala intención. Solo se observa que no tienen claras las definiciones ni lo que los conceptos técnicos representan.

No se puede ver en el actuar, tal vez ingenuo, pero desprevenido, con el único ánimo de querer hacer algo por la comunidad, de dar una respuesta positiva a ese informante, de querer verificar una información un actuar irregular. La Fiscalía se pregunta qué conocimiento tenían ellos que poner en manos de sus superiores, si lo único que tenían era una información que la deberíamos tener todos. Las plazas de vicio alguien las surte. Una persona lleva la droga dosificada y recoge el dinero. Allí hay vendedores, campaneros, dueños de las mismas y organizaciones delincuenciales en el manejo del narcomenudeo.

La Fiscalía responde que bien pudiera haberse hecho una vigilancia a personas y cosas, sin embargo, la información que tenían no era otra que la que tiene cualquier persona que conozca de la existencia de estas plazas de vicio. Los patrulleros actuaron más rápido que un fiscal con órdenes, y tenía que ser así. Además, la información que tenían no alcanza para ningún acto de investigación que requiera orden de fiscal, porque los actos que pueden generarse con esa información que ellos recibieron ni siquiera alcanza para una vigilancia a personas o cosas.

Llama la atención del fallador que no resulte posible que, si alguien corre detrás de una persona, sin perderla de vista, luego se la encuentra de frente. Los dos patrulleros Aza y Ruiz están en una motocicleta por "la carrera 65C" y ven al joven Daniel a quien observan bien con un morral en la espalda. se fijan en él como la persona que puede traer droga para la

plaza; cuando la policía se acerca hacia la *calle 91 y 91a*, Daniel corre hacía unas escalas, sentido norte sur. Ruiz se baja de la motocicleta cuando ve que el joven corre y lo sigue, lo ve con el bolso en la espalda, ve que el joven lo arroja. Mientras tanto Aza, igualmente ve al joven del morral, ve cuando corre, parquea la motocicleta, y como conoce la zona y sabe que el joven al tomar hacia el sur o llega a una quebrada o sale por otro lado. Aza se va por un lado diferente al que tomó Ruiz, por el lado donde cree que se lo puede encontrar de frente y cierto fue que se encontraron de frente.

Esto es lógico, ajustado a la realidad; no hay contradicción en ello como lo ve la juez. Es cierto que el terreno es difícil, es verdad que hubo distancia recorrida por ambos policías, pero repárese que Daniel también corrió, él mismo lo acepta. sus testigos lo dejan claro, lo que no se probó en juicio es que tuvieran alguna dificultad para haber corrido tanto como lo hizo el acusado. Repárese que Aza se encuentra de frente con Daniel y mientras tanto llega Ruiz, quien había observado que Daniel arrojó el bolso. Es posible que Aza Meneses haya perdido en algún momento al procesado mientras corrió, pero su testimonio del recorrido que hizo desde que lo ve con el bolso, que se lo encuentra de frente como al mismo que vio correr con un bolso en la espalda no le resta credibilidad a su dicho porque es Daniel la persona a quien Aza Meneses también vio con un morral en la espalda, porque además estaba pendiente de él desde que le dijeron que podía ser la persona que llevara la droga a la plaza de vicio.

Destaca la sentencia que la duda emerge también porque varias personas corrieron. Olvida que María Fernanda Campero Arenas, testigo de la defensa, refiere que vio correr a Daniel como entre las seis y seis y media de la tarde. No sabe por qué corría. Ella vio un policía que era el que iba detrás de Daniel.

Lency Juliet García Acevedo, testigo de la defensa dijo que vio al policía bajar las escalas de la calle, no lo vio salir de ningún lado, el policía iba en el mismo sentido que iba Daniel, por ahí cinco o diez minutos después de este. Ella se quedó en las escalas de su casa. Como a los cinco o diez minutos ella vio que bajaron los policías y eso se volvió un despelote, una revolución. Un policía

bajó por el lado donde ella estaba sentada, como a media cuadrita sacó el arma y le dijo a Daniel que si corría le disparaba.

De lo anterior se evidencia que Daniel sí corrió solo y ya después aparecen dos personas más que corren. Que no son claros metros corrieron es cierto, sin embargo, exigir precisión en este tema es tanto como exigirles que pusieran un *“cronómetro para dar con precisión la distancia recorrida”*.

Más allá de este asunto, el tema es que todo fue muy rápido, pero no lo perdieron de vista. Lo vieron con el morral y luego cuando lo arrojó y cuando lo abordan ya no lo tenía. La testigo de la defensa bien refiere lo rápido que ocurrió todo cuando dice que todo se volvió una revolución.

El segundo tema que debe analizarse es el dolo específico "propósito de destinar el estupefaciente 'para tráfico, comercialización, distribución o suministro". Dice la ley que lleva consigo, con fines de venta a cualquier título. Este elemento, si bien es demasiado subjetivo, y si bien el procesado es consumidor de ambas sustancias, no se probó que la requiera para su consumo o que le fuera necesario un aprovisionamiento de semejante cantidad de estupefaciente. La dosificación de la sustancia por sí misma es más que suficiente para afirmar que quien la tenía consigo o llevaba consigo era con fin de entregarla, venderla o regalarla, esto último no deja de ser utópico, pero está dentro de las alternativas que sanciona ley.

Repárese en la dosificación de la Cocaína en 376 bolsas plásticas transparentes y herméticas con un peso neto de 3419 gramos y marihuana con un peso neto de 464.4 gramos, dosificada en 234 cigarrillos, de los que 180 cigarrillos iban en papel color blanco cubiertos con papel aluminio y 54 cigarrillos de papel color café, son una cantidad de la que puede inferirse razonablemente que la sustancia tiene destinatarios diferentes. por la cantidad, calidad, variedad en la presentación de ambas sustancias puede pensarse que van para personas diferentes, la existencia de una plaza de vicio en el lugar donde fue incautada, la dosificación de la misma, la cantidad que ubica su tipificación en el inciso 3 y que por ese hecho la sanción penal es más gravosa

Analizadas las pruebas en su conjunto y a la luz de la sana crítica, la Fiscalía demostró clara y categóricamente, incluyendo el elemento subjetivo tácito creado por la Corte y referido al ánimo del sujeto agente que el estupefaciente lo llevaba consigo con fines de distribución o venta; la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en el mismo.

Es antijurídica porque al demostrarse que tenía una finalidad diferente al consumo propio, puso en peligro efectivamente y sin justificación el bien jurídico de la salud pública,

Además, es culpable porque podía autodeterminarse de acuerdo con el conocimiento de esa prohibición, conocía que: llevaba consigo algo ilícito, repárese como corrió desde que vio a la policía acercarse en una motocicleta en la que iban los dos policiales. captores. De esto dieron fe los testigos de la defensa cuando refieren que el único que corrió por ahí fue Daniel y un solo policía iba detrás de él. El acusado es mayor de edad, sabe que ahí funciona una plaza de vicio, acepta que iba allá en las mañanas y en las noches, acepta la presencia de un *jíbaro* cuando llegó la policía.

Las anteriores razones que presenta la Fiscalía, se sustentan en el proceso, para que reproche al procesado por su injustificada conducta ilícita, haciéndose necesario la imposición de la pena como autor del delito por el que se le acusó.

Aunado a lo anterior, solicitó revocar la decisión de la juez para que se investigue a los policiales.

3.5. La defensa como no recurrente

Al recorrer el traslado de la apelación, la defensa de García Restrepo, en un farragoso escrito, dedicado en gran parte a repetir lo dicho por la apelante, presenta tres argumentos: primero, respecto de la existencia de la duda para condenar; segundo, en cuanto a las actuaciones irregulares de los policías testigos; y, por último, menciona que debe declararse desierto el recurso

porque no se presentaron ataques a la decisión de primera instancia, afirma que lo que hizo la fiscal fue repetir sus alegatos de conclusión.

Empieza por admitir que las personas que declararon efectivamente fueron testigos de los hechos y que en el sector donde se produjo la captura del procesado operaba una “plaza de vicio”. Respecto del hecho concreto de la captura afirma que tiene otra visión de la misma, diferente a la de la Fiscalía, pues lo que realmente se presentó fue que el patrullero Aza Meneses gestó de forma irregular un operativo sin ponerlo en conocimiento de sus superiores como era su obligación y ni siquiera utilizó los canales de radio del 123, sino que por el contrario, se comunicó con sus compañeros por celular.

Reconoce que el procesado estaba en el lugar, pero lo justifica afirmando que adquiriría su dosis personal, pues está probada su adicción a los estupefacientes.

Manifiesta su acuerdo con la sentencia en que la Fiscalía no probó más allá de duda razonable que el procesado llevara consigo estupefacientes con fines de venta y por tanto queda duda sobre autoría y responsabilidad.

Afirma que la certeza racional se estructura al apreciar las pruebas en su conjunto y estas no indican que se cumpliera con el baremo legal pues, aunque es indiscutible que se encontró un “alucinógeno”, lo que no está mínimamente probado es la responsabilidad de su cliente frente al hallazgo. Argumenta que la Fiscalía no pudo siquiera generar duda sobre la participación de su defendido en el hecho punible.

Frente a la valoración de la Fiscalía, de que los cinco testigos narran los mismos hechos, aunque mirados de diferentes perspectivas y difiriendo en algunos detalles, lo que no los descalifica; afirma que no la comparte, pues una cosa es que los testigos tengan versiones divergentes de los hechos y otra es que los agentes hayan mentado en el documento de captura para casos de flagrancia, donde se consigna una supuesta labor de patrullaje, mientras en el juicio dijeron que era un operativo montado con 3 o 4 días de anticipación;

sino que además omitieron la verdad sobre el número de capturados, haciendo así un informe amañado.

De otro lado dice que la forma de argumentar de la Fiscalía no refuta la tesis de la juez para resolver, lo que pretende es presentar “nuevos alegatos”, por lo que debe declararse desierto el recurso; luego de lo que transcribe sin replica alguna lo dicho por la Fiscalía respecto de la valoración probatoria, labor a la que dedica desde el folio 136 al 144, para concluir que la Fiscalía precisamente le ha dado nombre a este caso cuando indicó que ellos querían un positivo y que al final fue un falso positivo, ya que la droga si fue hallada en el sitio, pero nunca se supo de quién era y lo más grave, capturaron a un reconocido expendedor menor de edad y judicializaron a otra persona.

Critica por irrespetuosa a la Fiscal cuando dice que los policías testigos se enredan en sus respuestas, dice que no es que se enreden, es que cuando se miente de una forma tan evidente como lo hicieron estos testigos en el juicio, el testimonio se convierte en farragoso, la señora Fiscal olvida cual es el procedimiento en estos casos y pretende avalar el irregular actuar de los policías, quienes desconocieron todos los protocolos y utilizaron incluso celulares personales. Como fundamento de esta afirmación cita el manual de procedimientos de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio respecto de las fuentes formales, no formales y los procedimientos para la recepción de noticias criminales, así como las actuaciones de los fiscales delegados respecto de las mismas.

Nuevamente cita extensamente a la Fiscalía para criticar la afirmación de que el actuar de los policías no fue irregular con lo que dice pretende desconocer olímpicamente las normas constitucionales que regulan el debido proceso.

Sobre la forma en la que fue capturado Daniel, cita textualmente la versión de los hechos que acoge la Fiscalía y en lugar de refutar lo indicado por ella, solicita a esta Sala que escuche los audios de los interrogatorios para que se pueda percatar que nada más alejado de la realidad que lo que pretende hacer ver la señora fiscal. Cita de nuevo a la Fiscalía de manera extensa en sus conclusiones donde solicita revocar la absolución e imponer la pena para

terminar pidiendo la confirmación de la decisión, con el argumento de que su poderdante fue víctima de un falso positivo. De otro lado pide se revoque la orden de investigar a los policiales.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico

La Sala determinará si la delegada de la Fiscalía probó más allá de toda duda razonable, que el procesado es la persona que fue capturada llevando consigo estupefacientes con el fin de surtir un expendio, o si por el contrario la presunción de inocencia del acusado se mantuvo incólume conforme a las reglas establecidas en los artículos 7 y 381 del C.P.P.

4.3 Valoración y solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico principal nos referiremos a la solicitud de la defensa respecto de la argumentación del recurso.

4.3.1. ¿Fue adecuada la sustentación del recurso?

En el traslado como no recurrente, el defensor del justiciable solicitó declarar desierto el recurso de apelación que presentó la delegada de la Fiscalía, pues a su juicio los argumentos más que un ataque a la providencia, son la repetición de los alegatos de clausura.

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Al respecto la Sala aclara que, aunque en la sustentación del recurso se rescaten argumentos expuestos en los alegatos de clausura, no por ello se debe declarar desierto la alzada si junto a estos la parte también presenta razones atacando la decisión recurrida como en el *sub examine*.

Aunque la defensa no lo comparta, es evidente que la delegada del acusador presentó argumentos y razones para atacar lo que se expuso en la decisión de primera instancia y que en lo sustancial tiene que ver con el mérito que se les asignó a los testigos de presentó para soportar su teoría de caso.

La funcionaria expuso porque se debe creer a los patrulleros que participaron en la captura del procesado y porque el procedimiento que antecedió a ese hecho, no tiene la trascendencia irregular que le atribuyó el Despacho.

4.3.2 ¿La Fiscalía probó más allá de toda duda razonable, que el procesado es la persona que fue capturada llevando consigo estupefacientes con el fin de surtir un expendio?

Atendiendo a que la complejidad del asunto gravita alrededor de la valoración de la prueba y de la credibilidad que se les asigne tanto a los testigos de cargos como de descargos, es pertinente desde el punto de vista metodológico, resaltar de cada lado los principales puntos de la secuencia fáctica expuesta por los declarantes y aquellos en los que se presentan coincidencias.

Grosso modo, la versión de los policías es la siguiente:

- Vieron que un sujeto *-el sospechoso-* descendía por la calle 65C con un morral a su espalda y emprendieron su persecución. Este ingresa a un callejón y corre hasta el extremo donde hay una zona boscosa. Allí se desprende del maletín y luego es capturado.
- Durante la persecución y dentro del laberinto de casas que forman los callejones, los patrulleros escuchan que alguien gritó: *¡Laura!* (expresión utilizada para alertar sobre la presencia de la policía)
- En el sitio donde fue capturado Juan Daniel –zona verde o boscosa- estaban dos individuos que también corrieron, uno de ellos alcanzó fugarse; el otro, un menor de edad, también fue capturado y llevado al CAI donde fue

liberado porque se constató que era un menor de edad como lo había manifestado.

La versión de los testigos de descargos es la siguiente:

- Juan Daniel bajó al sector de los callejones sin llevar nada a su espalda con el fin de comprar una pulpa de fruta y consumir estupefacientes como suele hacerlo con frecuencia en ese lugar, que reconoce como plaza de vicio.
- Cuando estaba en el extremo sur de los callejones, es decir en la zona boscosa, lo acompañaban el menor que fue capturado y el sujeto que logró huir y que Juan Daniel denominó “*el jíbaro*”.
- De igual forma, cuando los tres individuos estaban en ese lugar, corrieron al mismo tiempo cuando escucharon que alguien gritó: *¡Laura!*
- Efectivamente Daniel salió corriendo, pero fue capturado por los policías.
- Juan Daniel reconoce que en el lugar hallaron el bolso, pero no atribuye la propiedad de este a ninguno de sus acompañantes. Ni siquiera al sujeto que huyó y que él denomina “*el jíbaro*”.

Como puntos coincidentes en la narración del acontecimiento de parte y parte, se destacan los siguientes.

- El sector donde fue capturado Juan Daniel es sitio donde se expende y consume estupefacientes. Es decir, es cierta la existencia de la denominada “*Plaza de vicio La Paleta*”.
- Durante un lapso y antes de la aprehensión, Daniel corrió huyendo de los patrulleros de la Policía.
- Una persona no identificada alertó a los sujetos que estaban en el sector, que la fuerza pública había arribado al sitio, usando para el efecto el santo y seña: *¡Laura!*
- En el lugar donde fue capturado Juan Daniel estaban además del sujeto que logró huir, el menor de edad A.S.
- Cerca del punto donde se presentó la captura de Juan Daniel, fue hallado el morral que contenía la droga.

- Los patrulleros aprehendieron tanto a Daniel como al sujeto que luego se verificó era un menor de edad y por esta razón lo dejaron en libertad.
- Para llegar al lugar donde fue capturado Juan Daniel y cuya característica principal es que se trata de una zona verde, *enhuecada* y despoblada, hay que pasar por los callejones que permiten el acceso a las viviendas.

De acuerdo con lo anterior, para la Fiscalía el procesado es responsable porque llegó al sector con la sustancia prohibida en un morral del cual se desprendió durante la persecución policial. *A contrario sensu*, la teoría de la defensa sostiene que Daniel no llegó corriendo al sector huyendo de los patrulleros. El procesado estaba en el lugar consumiendo estupefacientes y solo cuando escuchó la palabra *¡Laura!* empezó a correr, pero ninguna relación tiene con el morral que hallaron los policías.

Ahora, de las declaraciones en el juicio, tanto de los testigos de la Fiscalía como de la defensa, la Sala destaca los siguientes aspectos:

i) Testigos de descargo.

La ciudadana María Fernanda Campero Arenas fue llamada a declarar por la defensa y en la vista pública dijo, entre otras cosas, que observó el momento de la persecución a Daniel por parte de la policía y que el joven no llevaba nada en su poder.

Cuando el abogado defensor le preguntó a la testigo si conocía al procesado², aunque dijo que no, le replicó con un marcado cambio en el tono y fuerza de la voz diciendo: *“¿a Dany?”* A renglón seguido, cuando el profesional indagó *“¿sabe si Daniel se encuentra acá?”* La testigo responde que sí, pero nuevamente exterioriza un cambio en el tono de voz y en la respiración que se torna más fuerte y jadeante.

La anterior circunstancia, aunque pueda calificarse de inane, le permite concluir a la Sala que, aunque este punto en particular, en principio no le

² Récord 01:49:35 de la sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2018.

restaría objetividad y credibilidad al testigo, faltó a la verdad. Entonces, si faltó a la verdad en un punto tan simple como ese, bien se puede aseverar que faltó igualmente a la objetividad de su narración en otros aspectos.

A la anterior glosa valorativa se suma el dicho casi imperceptible de la testigo cuando de manera muy espontánea dijo: “*en el momento en que yo estaba en la ventana no vi sino a él y ya*”³ En este punto la testigo cambia el lugar de donde dice observó la persecución de Juan Daniel, pues antes refirió que estaba en “*la plancha*”⁴ fumando, y esta disconformidad no la aclaró el abogado.

De otra parte, la ciudadana Lency Julieth García Acevedo, quien declaró que conoce al procesado porque hace años este le compra pulpa de fruta, expuso en el juicio las circunstancias fácticas que favorecen la teoría de la defensa. En este sentido, dijo que el procesado pasó por su domicilio, preguntó por su cónyuge, le pidió varios paquetes de pulpa y continuó hasta el fondo, es decir la zona “*enhuecada*”.

De esta testigo llama la atención la forma como quiso favorecer al procesado cuando de manera intempestiva dio un giro en la exposición de su discurso. A récord 01:30:00, le aclaraba al abogado el punto referido al operativo y al momento específico de la aprehensión de Daniel, y sin que le preguntaran por ello, presentó la explicación que sustenta la teoría del caso de la defensa. “*y ya vios, pues que Dany, como faltando algo pa’ las 7 ya lo subían, pues... así esposado..... Pero cuando él bajó por mi casa, él pues, yo le dije a él que, si tenía en qué llevar las pulpas, y él me dijo que no*”. La explicación no pedida, obligó que el abogado defensor enderezara el interrogatorio anotando: “*ya que usted menciona ese tema, usted recuerda cómo iba vestido él*”.

Adicional a lo anterior y como elemento de valoración que le resta credibilidad y objetividad a la declaración de la señora Lency Julieth, es el hecho cierto y corroborado por otros deponentes, incluso de la misma defensa, que la aprehensión de Juan Daniel fue en un lugar boscoso, despejado y distante de

³ Récord 01:52:40 de la sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2018.

⁴ Entiéndase: losa de concreto.

las casas y aun así la testigo dijo que observó e incluso escuchó cuando el policía abordó a Daniel para ordenarle que se detuviera.

Cuando el abogado defensor le preguntó para donde se dirigió Daniel, la testigo contestó: “*ehhhh sí, bajó hasta el fondo de mi casa*” ¿Usted lo perdió de vista? “*pues sí lo pierde uno de vista porque cuando uno está en las escalas de la casa, hay una casa al fondo de la esquina y esa casa no deja ver visibilidad para ningún lado, y fuera de eso al lado izquierdo hay mucho monte, están los árboles*” ¿Qué tal es la visibilidad en la noche? “*no, no hay visibilidad*”⁵ (Negrillas de la Sala)

Si la declarante afirmó que perdió contacto visual con el procesado luego de que pasó por su domicilio, y la captura de este se ejecutó en la zona verde o boscosa ¿cómo puede afirmar, sin haberse desplazado de su casa, que observó cuando Juan Daniel fue alcanzado por el patrullero de la policía?

ii) Testigos de cargos.

Si los testigos de la defensa presentan inconsistencias que en cierta medida le quitan valor suasorio a la teoría exculpante, de los declarantes que llevó la Fiscalía no solo se puede afirmar que incurren en el mismo error, sino que además agotaron un procedimiento por fuera del giro ordinario de sus funciones y derroteros como policías de vigilancia y ello no se puede ignorar a la hora de valorar el mérito probatorio de su versión de los hechos.

Repárese que no reportaron a ninguno de sus superiores la información que les entregó la fuente anónima respecto de que la plaza de vicio La Paleta era surtida en la noche. Tampoco lo anotaron en la minuta que para el efecto se lleva a cabo en la estación de Policía a pesar de tener la obligación de hacerlo.

El patrullero Aza Meneses esperó varios días para estar en el tercer turno, lo que le permitía estar laborando a las 7:20 p.m. y adelantar el procedimiento.

Aza Meneses buscó la colaboración de dos patrulleros (Jonatan Osorio y otro) que no pertenecían al cuadrante donde se presentó la captura de Juan Daniel

⁵ Récord 01:39:00 de la sesión de juicio oral del 17 de octubre de 2018.

(cuadrante de La Pola) es decir desatendieron parámetros ordinarios y reglamentarios de actuación policial.

La noche en que se presentó la captura del ciudadano, los patrulleros Aza Meneses y Ruiz Anaya no se comunicaron con sus colegas por los canales ordinarios que les permite y facilita la institución: radioteléfono, sino que optaron por comunicarse por medio de los teléfonos celulares personales luego de lo cual votaron la *Simcar*.

En esa ocasión también capturaron un menor de edad que junto con Juan Daniel fue llevado al CAI, pero sin ninguna explicación lo dejaron en libertad.

Aunque los policías Aza Meneses y Ruiz Anaya: *i)* esperaron estar en el tercer turno –de las 13 a las 21 horas- y por ello trabajar en horas de la noche; *ii)* pidieron la colaboración de policías de otros cuadrantes; *iii)* se ubicaron en extremos opuestos de la calle 65 para tener control sobre toda la vía; *iv)*; *v)* esperaron que al sitio llegara “*el sospechoso*”; y, *vi)* sabían que la plaza era surtida entre las 6 y las 7 p.m.; la aprehensión del ciudadano fue presentada como un hecho esporádico o típico de caso de captura en flagrancia.

En el informe de policía en casos de captura en flagrancia, los patrulleros no precisaron que recibieron noticia de una la fuente no formal respecto de la hora cuando se surtía de droga la plaza; ni se plasmó que en esa ocasión también fue capturada otra persona como sospechosa y que fue dejada en libertad esa misma noche.

Conforme a la actuación de los patrulleros que participaron en el procedimiento de captura del ciudadano por fuera de los derroteros previstos en la ley y el reglamento, la credibilidad de sus dichos se mengua más allá de lo que eventualmente ocurre con la versión de un declarante.

El afán entonces de presentar un resultado positivo en la lucha contra la distribución local de estupefacientes, llevó a los agentes del orden saltar los procedimientos que no solo legitiman la acción del Estado, sino que los blindan

como servidores en los estrados judiciales cuando tienen que dar cuenta de la forma como ejecutaron su tarea.

La aspiración de mostrar una captura significativa sin importar los límites de la función de policía, que desde el punto de vista del ciudadano son un verdadero derecho, fácilmente pudo llevar a cometer los errores que en este juicio les resta credibilidad a la versión como no ocurre en cientos de eventos en los que se adelanta un juicio luego de una captura, que más que en flagrancia, tiene características propias de un operativo.

Ahora, si al antecedente de la actuación irregular se suman imprecisiones en la recreación de la historia, no es posible, a partir de esos testigos, afirmar el cumplimiento de la exigencia impuesta por el legislador para construir una sentencia de condena.

De lo fáctico se destaca que si el ciudadano ingresó a un callejón, no es posible sostener, como lo informan los agentes, que no dejaron de observarlo durante el tiempo que duró la persecución y menos cuando ingresaron por diferentes accesos al laberinto de casas. Este hecho que pudiese juzgarse como simple es trascendental en la validación de la credibilidad de un testigo cuando se trata de derruir la presunción constitucional de inocencia que arroja a todo ciudadano.

Ahora, si los patrulleros tenían certeza -no se acreditó como la obtuvieron- respecto de que Juan Daniel era el proveedor de drogas ilícitas de la denominada plaza de vicio *La Paleta* ¿por qué decidieron capturar a otro individuo que según ellos no llevaba el morral, y que luego fue dejado en libertad por la razón de que era menor de edad? Si otra persona fue aprehendida en tanto se le consideraba responsable de una conducta punible, les correspondía velar que compareciera ante la autoridad correspondiente para que definiera su compromiso penal con los hechos.

Para la Sala no deja de ser extraño, ya que no se trató de un operativo sino de una captura en flagrancia, que los patrulleros Aza Meneses y Ruiz Anaya tomaran a Juan Daniel como el encargado de surtir de sustancias prohibidas a la plaza de vicio, solo porque llevaba un morral a su espalda, pues este

hecho es bastante común en una urbe llena de trabajadores y estudiantes. Muchos puntos en la actuación de los gendarmes no son claros, y ello, por supuesto, es determinante cuando se les debe asignar valor a su testimonio.

Bajo este panorama entonces, la Sala concluye que, aunque la defensa no logró edificar una verdadera teoría justificante, no por ello se puede decir que la hipótesis de cargo ha de salir avante. Las falencias intrínsecas de los testigos de cargo impiden condenar como ordena la ley a quien le asiste el derecho de que la duda se resuelva a su favor.

El artículo 29 de la Constitución Política y 7° de la Ley 906 de 2004, establecen la presunción de inocencia como una garantía irrenunciable para el procesado es desarrollado por el artículo 381 *ibídem* que estipula como exigencia para poder proferir sentencia condenatoria, conocimiento más allá de duda razonable de la autoría y responsabilidad del procesado.

Respecto de lo que debe entenderse por superación de la duda razonable, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, enseñó:

“(…)

6. Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

7. En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.

(....)

.... Y, si, como se predica en este caso, el conocimiento sobre el objeto no le brinda al sujeto, en estos eventos al juez, los elementos necesarios para afirmar o negar su existencia o sus cualidades, quedando en el intermedio de la duda, aquí igualmente, no puede afirmarse que como tal, tampoco es dable censurarla o desvirtuarla o demostrar que un corolario de esta clase pudo ser ilegal, ya que no se está juzgando el intangible intelecto en su último convencimiento en cuanto a la toma de posición, en su raciocinio, sino el cómo se llegó a ese estado de duda, esto es, el constatar si su supuesto fáctico base de la inferencia se ha integrado de acuerdo a la ley, ya que de no ser así, esa duda no podría ser predicada de la unidad constitutiva de la premisa respecto de la cual la norma positiva se la reconoce, sino que viene a convertirse en un caprichoso proceso valorativo de la prueba creado ilegalmente por el administrador de justicia precisamente para violar la propia ley, al igual que sucedería, cuando no obstante haberse respetado el universo probatorio, se establece que se ha desconocido, omitiendo o tergiversando las reglas lógicas o las leyes de la ciencia aplicables al caso o la experiencia común no excepcionada a la conducta objeto de confrontación legal⁶.

El criterio jurisprudencial que, aunque se estructuró en vigencia del sistema procesal escritural, fue reiterado por la Corporación en una causa agotada bajo los derroteros de la Ley 906 de 2004: *“(...) En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 oct. 2016, Rad. 37175, entre otras)⁷*

La Sala entiende que en el afán de presentar un caso relevante *“un golpe más duro”* una *“captura más buena⁸”* los agentes del orden pudieron errar en la identificación del verdadero sujeto encargado de llevar los estupefacientes a la plaza de vicio *La Paleta*.

4.3.3 De la compulsión de copias

En relación con la petición de la Fiscalía General de la Nación para que se revoque la decisión del *a quo* por la compulsión de copias para que se investigue a los policías, se anota que son otras las autoridades las llamadas a definir de fondo el asunto, amén de que las copias no implican deducción de responsabilidad disciplinaria.

⁶ Sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

⁷ SP 19617-2017, radicado 45899, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁸ Palabras del policía Aza Meneses.

Radicado: 05-001-60-00206-2018-06748
Procesado: Juan Daniel García Restrepo
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia del 27 de febrero de 2019, por la cual el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, absolvió a Juan Daniel García Restrepo de los cargos de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado


NELSON SARAY BOTERO
Magistrado


HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado