

Proceso: 05-001-60-00206-2019-20366
Delito: Tráfico fabricación o porte de Estupefacientes y otro
Acusada: Maryory Casas Avendaño
Procedencia: Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Revoca
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 022-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto aprobado mediante acta Nro.110

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Maryory Casas Avendaño**, en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre pasado por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, por medio de la cual se le condenó como autora penalmente responsable del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso heterogéneo con destinación ilícita de inmuebles.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Fueron narrados por la *a quo* de la siguiente manera:

“El 19 de agosto de 2019 compareció a las instalaciones de la SIJIN MEVAL un ciudadano que dio información de fuente no formal, que en el inmueble ubicado en la calle 66 D # 41 A 17 segundo piso de barrio Villa Hermosa, de Medellín, en esa vivienda guardaban estupefacientes de la Plaza de vicio "La Virgen"(sic) que viven ahí, dos señoras, unos menores

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

y se mantiene un mancito de los campaneros de la plaza de vicio y una de las señoras es bajita y gorda y se llama MARYORY AVENDAÑO y que la otra pelada que vive ahí se llama LUISA FERNANDA, que se mantiene un mancito que le dicen Margarito ALIAS CHEPE, que es uno de los campaneros de confianza de esa gente, él, es el encargado de entregar las bombas (droga) y recoger la plata de la venta de droga, en esa casa guardan todos los cigarrillos y blones de marihuana, que allí se venden, la orden de NELSON ALIAS "EL GATO" es que cada vez que saquen una bomba (cigarrillos de marihuana) y la vendan, recojan el dinero y lo guarden en esa casa, allí pasa a recoger la plata EDISON ALIAS "FLECHAS" que debían tener mucho cuidado porque la casa tiene en la parte de atrás una ventana y por allí la botan.

Realizadas las labores de verificación de las informaciones, procedieron a solicitar en la Fiscalía la orden de allanamiento y registro y el 22 de agosto de 2019 a eso de las 11 15 horas, comparecen funcionarios de la Policía Nacional al inmueble ubicado en la calle 66 D # 41 A 17 segundo piso de barrio Villa Hermosa, de Medellín, con el fin de llevar a cabo orden de registro y allanamiento al inmueble, ordenado por la Fiscalía 84 local, con el fin de ubicar EMP, por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes que son distribuidas en el sector, efectuando la misma, debidamente uniformados con carnet, chaquetas fluorescentes, gorras y escarapelas que los identificaban como funcionarios de la Policía Nacional de la SIJIN. Se acercaron a la vivienda objeto de la diligencia que tenía la reja metálica que conduce hasta el segundo piso abierta, por lo que ingresaron y subieron hasta el segundo piso por unas escaleras encontrando la reja y puerta metálicas abiertas de frente en el interior del inmueble se observa una señora en la cocina, informándole que son de la Policía Nacional y tienen una orden de allanamiento y registro, ingresan rápidamente con el fin de asegurar la totalidad del inmueble evitando la fuga de personas y la pérdida de los EMP, observan en la sala un menor y una femenina mayor de edad, en otra habitación se observa otra menor acostada, por lo que los reúnen en la sala, con el fin de identificarlos y de ponerles de presente nuevamente la orden de Registro y allanamiento, encontrando en el lugar la señora MARYORI CASAS AVENDAÑO y a LUISA FERNANDA ARBOLEDA y un menor KEVIN BREINER SALDARRIAGA CASAS, de 17 años. Al terminar de identificarlos a todos la señora MARYORY CASAS hace manifestaciones de querer entregar algo que tiene guardado en su habitación, por lo que le ponen de presente el artículo 33 de la Constitución, pero continúa manifestando que desea entregar algo, por lo que el funcionario PT WILSON YAMIT CASATAÑO la acompaña a la habitación demarcada como la #1, de la que tiene dominio dicha señora y señala una bolsa de lona blanca debajo de la cama y al verificar la misma en su interior hayan doce (12) bolsas plásticas de color negro cada una con cinco (5) bolsas plásticas transparentes herméticas franja roja y a su vez en el interior contiene cada una seis (6) cigarrillos de papel de aluminio y papel blanco y en su interior sustancia vegetal, verde con características físicas similares a la marihuana para un total de trescientos sesenta (360) cigarrillos, quedando como HALLAZGOS #1, siendo las 11 20 horas, por lo que le leen

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

los derechos como persona capturada, por tráfico fabricación o porte de estupefacientes a la señora MARYORY CASAS AVENDAÑO. Continúan el registro en esta habitación encontrando encima de un closet de fibra un cuaderno marca Norma con apuntes contables siendo las 11 28 horas queda como HALLAZGO #2, registran posteriormente la sala, habitación #2, el balcón, la cocina, el baño, el patio sin más hallazgos de EMP o EF Terminando la diligencia a las 12 00 horas y proceden a trasladar los EMP debidamente embalados rotulados y en cadena de custodia y la capturada a la URI Centro.

De acuerdo a la PRUEBA PHELIMINAR (sic) DE CAMPO, la sustancia dio positiva para MARIHUANA Y SUS DERIVADOS con un PESO NETO de setecientos veinte (720) gramos.”.

El 23 de agosto de 2019, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de registro y allanamiento, captura, incautación, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado 14 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías¹.

Casas Avendaño fue acusada por el ente persecutor, mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2019, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia celebrada el 12 de noviembre siguiente ante el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín².

Realizado el juicio oral³ la juez de instancia profirió la sentencia que se revisa, y en ella condenó a Maryory Casas Avendaño en calidad de autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de almacenar, conservar estupefacientes con fines de venta y/o distribución en concurso heterogéneo con destinación ilícita de inmuebles, conductas descritas en los artículos 376 inciso 2º y 377 del C. Penal.

2. DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La funcionaria de primer grado, luego de enunciar cada una de las pruebas practicadas en el juicio, así como los alegatos conclusivos de las partes, indicó que luego de encontrar

¹ Audiencia concentrada del 23 de agosto de 2019. Folio 5.

² Escrito de acusación y acta de Audiencia de formulación de cargos del 12 de noviembre de 2019.

³ Audiencia preparatoria 10 de diciembre de 2019. Juicio oral en sesiones del 1º de junio, 3 de julio y 17 de septiembre de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

satisfechas las exigencias establecidas en los artículos 7º y 381 de la ley 906 de 2004, profirió sentencia condenatoria en contra de Maryory Casas Avendaño, pues la fiscalía logró demostrar más allá de toda duda la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad penal de la acusada.

Señaló que los aspectos relativos a la comisión de las conductas endilgadas fueron demostrados con las pruebas aportadas por la Fiscalía, por vía de estipulaciones probatorias y las practicadas en el debate oral, como fueron los testimonios de los Servidores de la SIJIN y los documentos por ellos recolectados, fotos, notas y los elementos materiales probatorios relativos a la sustancia estupefaciente incautada a la procesada en su habitación, así como la destinación ilícita de su casa para la conservación de la marihuana la cual estaba dispuesta para su distribución en la calle por otras personas.

Resaltó que con base en la prueba aportada en el juicio, especialmente los testimonios de los agentes de la Policía Nacional adscritos a la SIJIN, Wilson Yamit Castaño Gutiérrez, Fabián Atencio Beltrán y Juan Pablo Yepes Muñoz, quedó establecido que para ese 22 de agosto de 2019 cuando hasta la casa ubicada en la calle 66 D nro. 41 A 17 , 2º piso, del barrio Villahermosa, llegaron dichos uniformados a realizar diligencia de allanamiento y registro, encontraron a la dueña del inmueble Maryory Casas Avendaño, quien estaba acompañada por algunos menores de edad familiares suyos. Ésta al notar su presencia y al advertir que su casa iba a ser registrada por orden de autoridad competente, les manifestó que tenía algo en la habitación, hasta donde se dirigió en compañía del agente Wilson Yamit Castaño encontrando debajo de la cama una bolsa de lona de marca D1 y en su interior 12 bolsas de color negro, cada una con 5 bolsas blancas herméticas con franja roja, y a su vez en el interior de cada una 6 cigarrillos envueltos en papel aluminio y papel blanco con sustancia vegetal de color verde con las características físicas similares a la marihuana, con un peso muy superior al permitido por el legislador para el consumo personal; igualmente, en esa misma habitación, encima del closet en fibra, hallaron un cuaderno con apuntes y anotaciones en los días de la semana, representados en rayas y algunos valores en pesos, lo que, según los agentes expertos en investigar este tipo de delitos, significa las entregas de droga o “bombas” como ellos lo llaman, a los vendedores o jibaros que están en las calles distribuyendo estas sustancias estupefacientes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

Concluyó que este comportamiento de la señora Maryory Casas Avendaño, se subsume en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el verbo rector conservar y como quiera que para esa tarea estaba destinada su casa de habitación, realizó simultáneamente el delito de destinación ilícita de inmuebles y por ello debía ser condenada como autora responsable de ambas conductas punibles.

Posteriormente analizó el contenido del artículo 9 del C. Penal y agregó que dichos presupuestos deben quedar establecidos, es decir, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable pues la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Sobre la tipicidad reiteró que la fiscalía logró demostrarla con los testimonios de los Agentes de la SIJIN que participaron en el procedimiento de allanamiento y registro en la casa de la acusada, en especial con el testimonio del patrullero Wilson Yamit Castaño, quien indicó que ésta conservaba dentro de su habitación, debajo de su cama 360 cigarrillos con marihuana, listos para la distribución en la plaza de vicio del sector conocida como la plaza de vicio de la Virgen, y en el closet de fibra, ubicado al lado de su cama en la parte de encima, un cuaderno con varias anotaciones, en especial a partir del folio 52 donde quedó consignada la distribución de las “bombas” o bolsas con los cigarrillos de marihuana, sustancia que fue analizada y dio positivo para marihuana sin objeción de la defensa sobre la naturaleza, cantidad y calidad de sustancia incautada.

También quedó probada la destinación ilícita de inmueble pues fue en la residencia de la acusada donde se hizo el anterior hallazgo, ella era la que tenía el dominio del bien y decidía qué se hacía y qué no se hacía dentro de su propiedad, y mucho más dentro de habitación, que era donde conservaba y almacenaba la sustancia estupefaciente.

Consideró que Casas Avendaño efectivamente lesionó el bien jurídico de la salud pública al guardar en su vivienda 360 cigarrillos que al ser examinados dieron un peso neto de 720 gramos positivo para cannabis, cantidad que por la forma como estaba dispuesta se infiere que estaba lista para su distribución y venta (360 cigarrillos listos), lo que en su sentir, supera la dosis permitida para el consumo personal, elementos que junto con ese cuaderno de anotaciones permiten arribar a la misma conclusión a la que llegaron los investigadores, en punto a que se trata de la cuenta por la distribución de paquetes o bombas de cigarrillos de marihuana listos para su venta en la calle, por lo que se considera demostrado el daño al bien jurídico de la salud pública que afecta a la sociedad en general.

Subrayó que la tesis defensiva no logró combatir la presentada por el ente acusador, y es que los testimonios de la defensa, entre ellos el del hijo de la procesada Jhon Wilder Casas Avendaño, la nuera Luisa Fernanda Arboleda y Silvia Elena Pérez, quien contrataba a la procesada para la elaboración de manillas y aretes, solo sirvieron para demostrar otro ingreso, una actividad lícita, hacer artesanías a encargo, del mismo modo quedó probado que la señora Casas Avendaño también elaboraba manufacturas a contrato, actividad que no es incompatible fácticamente con la ilícita tarea de guardar, almacenar o conservar marihuana en su casa para entregarla en paquetes a los distribuidores de la plaza de vicio del sector, por eso se halló en su habitación, debajo de su cama para que otros miembros de la banda, la vendieran en la calle y así evitar la acción de las autoridades.

Indicó entonces, que los testimonios de la defensa, no tuvieron la capacidad para derrumbar la teoría de la fiscalía sobre las conductas delictivas atribuidas a la acusada, pues de acuerdo con lo verificado por los investigadores de la SIJIN Wilson Yamit Castaño, Juan Pablo Yepes y Fabian Atencio Beltrán, la persona que guardaba la marihuana era una señora de nombre Maryory, cuyas características físicas coinciden con su morfología, contextura y edad a quien habrían señalado de ser la encargada de guardar y conservar estupefacientes en su vivienda.

Respecto de las manifestaciones del hijo de la procesada sobre los problemas de consumo de estupefacientes que dice tener y de su historia sobre la compra de marihuana para él y otras personas más que trabajan en la construcción, dijo que no eran creíbles pues no se probó tal situación, por el contrario la información que recibió la policía judicial fue totalmente verificada, sobre las personas que allí vivían, la actividad de guardar marihuana y las anotaciones sobre la entrega de las bombas a los vendedores de la plaza de vicio “La Virgen”, aspectos que sin duda, la llevaron a concluir que la acusada transgredió los artículos 376 inciso 2º y 377 del Código Penal, ambos delitos atentatorios contra la salud pública, sin que se haya observado en el actuar de Maryori Casas Avendaño alguna causal de justificación de las que describe el artículo 32 ídem, constatándose la antijuridicidad formal de sus comportamientos.

Manifestó que el actuar endilgado a la procesada puso en riesgo efectivo de lesión el bien jurídicamente protegido de la salud pública, al tratarse de sustancias estupefacientes, en una cantidad que no solo desbordaba la llamada dosis de uso personal, sino que no estaba destinada a su propio consumo. En punto de la culpabilidad, dijo que se está ante una

persona imputable, con capacidad de comprender y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, que tenía consciencia de la ilicitud de su actuar y a quien le era posible y exigible una actuación diferente, por lo que es merecedora del reproche penal establecido para su comportamiento.

En consecuencia, condenó a Maryory Casas Avendaño, a las penas principales de 108 meses de prisión y multa de 1.335,33 SMLMV y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, por hallarla responsable de delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de almacenar, conservar estupefacientes con fines de venta y/o distribución, conforme al artículo 376 inciso 2° del Código Penal en concurso heterogéneo con la conducta punible de destinación ilícita de inmueble, descrita en el artículo 377 ídem. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa recurrió en apelación el fallo.

3. DEL RECURSO

La defensa mostró inconformidad con la sentencia e interpuso en audiencia el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término oportuno con miras a que se revoque la decisión y, en consecuencia, se absuelva a su representada.

En primer lugar, indicó no controvertir los hechos por los cuales fue capturada y acusada su defendida, sino la apreciación que hizo la *a quo* de la prueba practicada, al atribuir la sustancia incautada a la misma y concluir que su conservación tenía fines de tráfico.

Dijo que con la prueba de la Fiscalía, que fueron precisamente los testimonios de los funcionarios de policía judicial que practicaron el allanamiento y registro a la residencia de la acusada, pudo probarse el hallazgo de la sustancia e incautación, al igual que un cuaderno con ciertas anotaciones, asunto que incluso aceptó su asistida, así como el conocimiento que tenía de la conservación de dicha sustancia en su residencia, pues fue ella misma quien dentro de la diligencia les entregó voluntariamente la sustancia a los agentes pero, para que dicha conducta adquiriera el carácter de punible, es necesario que su conservación se dé con fines de tráfico, como está sentado por la línea jurisprudencial

de la Corte Suprema de Justicia y trajo a colación algunos apartes de la sentencia con radicado 51627 del 29 de abril de 2020.

Agregó, era de cargo de la Fiscalía acreditar que dicha sustancia estaba destinada para su tráfico, sin que las pruebas practicadas hayan logrado este cometido, contrario a la conclusión a que arribó la primera instancia, pues lo único probado por el ente acusador, es que Maryori Casas Avendaño conservaba dicha sustancia en su vivienda y tenía conocimiento que la misma se hallaba allí.

Resaltó que es de importancia la valoración de los testimonios de Luisa Fernanda Arboleda Jaramillo y Jhon Wilder Casas Avendaño, quienes convivían en la misma residencia con la procesada, siendo la primera su nuera y el otro, su hijo. Ellos dieron cuenta de la calidad de consumidor de sustancia estupefaciente – marihuana - por parte de Jhon Wilder y que la sustancia incautada le pertenecía a éste, porque la consumía normalmente con sus compañeros de labores en obras de construcción, siendo entonces la sustancia incautada descubierta por Maryori Casas donde la había escondido su hijo y la tiró debajo de su cama, a sabiendas que le pertenecía a él y que en otras ocasiones había sucedido lo mismo, teniendo discusiones con éste por desecharla.

Advirtió que dichos testimonios son creíbles respecto de la calidad de consumidor de marihuana por parte de Jhon Wilder y no es extraño ni inverosímil que éste la conservara en su casa para el propio consumo y como lo expresó era el encargado de comprarla para todos quienes la consumían en su lugar de trabajo, por tanto, que la acusada se hubiese hecho cargo de la sustancia y la entregara al momento del registro y allanamiento puede entenderse como protección de su familia, porque sabía que la sustancia estaba allí y con ánimo protector manifestó ser de ella, a sabiendas que la ésta era de su hijo, de ahí que podría configurarse el verbo rector conservar, siendo ella la responsable de la vivienda, pero en ningún momento con fines de tráfico, porque simplemente toleró la conservación para el consumo de aquel, siendo éste quien realmente tenía el ánimo o voluntad de realizar la conducta.

Concluyó entonces que, en estos términos, no se acreditó por la Fiscalía el fin de tráfico que se exige por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento subjetivo para la conducta de conservar sustancia estupefaciente y el mismo se infirió del hallazgo de un cuaderno con notas que el testigo Wilson Yamit entendió como propias

de las que se hacen para el tráfico de estupefacientes, sin más fundamento que su experiencia en este tipo de delitos, resaltando que el testigo Fabián Atencio Beltrán dijo que hallaron un cuaderno con notas contables, que vio notas como cifras y códigos, mientras que Juan Pablo Yepes Muñoz dio cuenta de un cuaderno con una contabilidad o registro y Wilson Yamit Castaño Gutiérrez lo refirió como apuntes; sin embargo, para la primera instancia, esto fue un elemento indicativo de que la sustancia incautada estaba lista para su distribución y aunque aceptó que la acusada tuviera otro oficio en manualidades las cuales eran realizadas en su casa, no hizo lo propio con las aseveraciones de Silvia Elena Pérez Martínez, su empleadora quien advirtió que normalmente se le pagaban los días viernes u otro día. Tampoco se tuvo en cuenta que Luisa Fernanda Arboleda Jaramillo, dijo que era ella quien anotaba lo que le repartían e iba a cobrar la plata; por tanto, así como pueden ser notas a las que el testigo Wilson Yamit identificó como propias del tráfico de estupefacientes, también es verosímil que las mismas correspondan a las notas que la acusada tomaba de su labor de manualidades.

En segundo término, dijo que no era legal traer como sustento de la conducta de tráfico de sustancia estupefaciente realizada por la acusada, los datos dados por fuente no formal, siendo ello un anónimo que no puede ser valorado, conforme lo prescrito por el artículo 430 de la Ley 906 de 2004, de ahí que no sea admisible-como lo hace la *a quo*- establecer que con la diligencia de allanamiento y registro se confirmó la información dada por la fuente no formal, porque esta no puede ser considerada en ningún sentido tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en decisión dentro del radicado 56574 del 29 de enero de 2020.

Así las cosas, concluyó que con la prueba practicada en juicio, la Fiscalía solo logró acreditar que para el 22 de agosto de 2019, en la residencia de Maryori Casas Avendaño, ésta conservaba marihuana distribuida en 360 cigarrillos y con un peso neto de 720 gramos, sin que se haya probado fines de tráfico de la misma, entonces al no haberse probado el elemento subjetivo que se exige para esta conducta, la misma deviene atípica y por igual razón tampoco se configura la conducta de destinación ilícita de inmueble, finalmente solicitó que se revocara la sentencia impugnada y en su lugar se absolviera a la acusada.

No hubo pronunciamiento de los sujetos no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.1 Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1° de la ley 906 de 2004.

4.2 El problema jurídico propuesto por el censor se contrae a establecer si la *a quo* incurrió en una indebida valoración probatoria, toda vez que, de un lado, no quedó acreditado que la conservación de la sustancia por parte de su asistida fuera con fines de tráfico, y de otro, no era legal traer como sustento de la conducta, los datos dados por fuente no formal.

4.3 Pues bien, analizados los argumentos del impugnante, a la luz de las pruebas practicadas en el juicio, las normas jurídicas y la jurisprudencia relacionada con el asunto debatido, se anticipa que la sentencia de primera instancia será revocada, y en su lugar se absolverá a Maryori Casas Avendaño.

4.4 Por mandato del artículo 381 del C. de P. Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, respecto del grado de certeza al que debe arribar el juez a efectos de emitir un juicio de reproche el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria ha dicho:

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional⁴ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba

⁴ En este sentido, sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

*reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.*⁵

4.5 Así mismo, el artículo 402 de la ley 906 de 2004 establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir”, en caso contrario, se estará frente a prueba de referencia, que puede presentarse, según la jurisprudencia en los siguientes términos:

“De acuerdo con los preceptos legales citados en precedencia, encuentra la Sala que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

(i) Se rinde por fuera del juicio oral.

(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo.

(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa

Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el contrainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral⁶ o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el contrainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa.

...

Lo anterior porque las exposiciones rendidas por fuera del debate público y que versan sobre aspectos observados de manera directa y personal, no son los únicos eventos constitutivos de prueba de referencia, sino también, como quedó visto, las declaraciones en las cuales no se permite el contradictorio del adversario, así como cuando se ofrecen relatos de oídas.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de febrero de 2010, Rad. 32863.

⁶ En este evento la prueba podrá adquirir el carácter de anticipada si se cumplen la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004.

Es claro que, si la prueba no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación. De la misma manera, si en su recaudo no se permite la confrontación por la parte contra la cual se aduce, no se garantiza en ese caso el principio de contradicción. Y finalmente, si el testigo no declara sobre aspectos que le consten directamente, la declaración desatenderá la exigencia del conocimiento personal a que alude el artículo 402. De ahí que en cualquiera de esos casos dejará de tener el carácter de prueba directa para convertirse en prueba de referencia. Se trata, por tanto, de situaciones que en forma excluyente le hacen perder a la declaración su naturaleza jurídica para degradarle su valor probatorio”⁷(subrayado por la Sala).

El anterior concepto de prueba de referencia y sus varias manifestaciones se ha mantenido vigente hasta hoy⁸. Queda claro entonces que se está ante prueba de referencia no solo cuando se trae una declaración anterior al juicio, sino cuando se impide a la parte contra quien se esgrime, la posibilidad de contrainterrogar a los testigos o estos se refieren a hechos no percibidos directamente o expresan manifestaciones de oídas.

No está demás mencionar que el tratamiento que se otorga a la prueba de referencia varía de un ordenamiento a otro. Los hay que la proscriben absolutamente, otros que la admiten en todos los casos y, como suele suceder cuando existen dos corrientes diametralmente opuestas en sus concepciones, los que las admiten en algunas hipótesis. Nuestro ordenamiento está matriculado en esta tercera corriente, donde se permite diferenciar entre la prueba de referencia admisible de la inadmisibile, pues a la primera se llega una vez superada satisfactoriamente la verificación de alguno de los presupuestos consagrados en el artículo 438 del C. de P.P.⁹, hasta tanto ese paso no se alcance, la prueba será inadmisibile.

⁷ C.S. de J. Sala de Casación Penal, sentencia del 20-08-2014, radicado SP 10986-2014 41.390 M.P. Eugenio Fernández Carlier

⁸ Cfr. Entre otros, auto del 30 de septiembre de 2015, radicado AP5785-2015, 46.153; auto del 28 de octubre de 2015, radicado AP6319-2015, 43.479; Sentencia del 28 de octubre de 2015, radicado SP 14844-2015, 44056, y más recientemente sentencia del 27 de junio de 2018, radicado SP2523-2018, 46.814 entre otras.

⁹ ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido; e) Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

4.6 En el *sub examine* se dio por demostrado, a través de las estipulaciones probatorias, la plena identidad de la procesada Maryori Casas Avendaño, la carencia de antecedentes penales en su contra y la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada que para el caso correspondió a 720 gramos de marihuana.

4.7 Para soportar su teoría del caso, la Fiscalía presentó como sus testigos a los Agentes de la Policía Nacional Fabio Atencio Beltrán, Juan Pablo Yepes Muñoz y Wilson Yamit Castaño Gutiérrez, quienes llevaron a cabo la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en la calle 66 D No. 41^a-17 segundo piso del barrio Villa Hermosa de esta ciudad, así mismo efectuaron la captura de Maryory Casas Avendaño.

4.8 El primero de ellos, el Patrullero Fabio Atencio Beltrán¹⁰ recordó haber realizado el 22 de agosto de 2019 una diligencia de allanamiento y registro en el inmueble ubicado en la calle 66D nro 41^a-17, segundo piso del barrio Villa Hermosa, en el cual, dijo, encontraron a la señora “Maryoris”, a una “muchacha Luisa y un menor de edad”, se les dio a conocer la orden y tras explicarles los pormenores de la diligencia la hoy acusada le manifestó que tenía algo en su habitación, le dieron a conocer los derechos del artículo 33 de la Constitución Nacional. A reglón seguido dijo:

“Ella dijo que quería entregar de manera libre lo que tenía ahí, ella fue acompañada de mi compañero Wilson al cuarto de ella y ahí encontramos debajo de la cama de ella una bolsa que en su interior tenía unos cigarrillos que al hacerle la prueba PIPH arrojaron positivo para marihuana. Fiscalía: ¿hizo alguna manifestación de quién eran esos elementos? Testigo: ella dijo que eso lo tenía ahí y lo estaba guardando ahí en su cuarto. F: ¿hubo algún otro hallazgo. Testigo: si señora un cuaderno que contenía apuntes contables, este era importante por esas notas contables que tenía”.

Durante el contrainterrogatorio¹¹ explicó que hacía parte del grupo contra el tráfico de estupefacientes y una vez fue citado en las instalaciones de la SIJIN les dieron a conocer que iban por dos objetivos uno fue en esa casa, el otro era en un inmueble diferente.

¹⁰ Audiencia de juicio oral. Sesión del 17 de febrero de 2020. Minuto 29:32.

¹¹ Audiencia de juicio oral. Sesión del 17 de febrero de 2020. Minuto 43:19.

Indicó que el director líder de la diligencia fue su compañero Wilson Castaño Gutiérrez y que ésta se hacía con el fin de recaudar elementos materiales probatorios, así mismo reconoció no haber participado en las labores de verificación, pero sabía que una *“fuente humana informó de la existencia de ese inmueble”*.

Sobre el *“cuaderno con notas contables”* hallado en dicho lugar dijo que contenía notas, como cifras y códigos y reconoció no haber realizado estudios en contabilidad.

Finalmente agregó que lo entregado por la acusada contenía *“360 cigarrillos empacados”* y que no encontró otros elementos que le permitieran inferir que en ese lugar se estaba vendiendo marihuana.

Al momento del redirecto¹² señaló que al ser reunidos para darles la información sobre la diligencia de allanamiento y registro fueron informados de las características del inmueble, cuántas personas había en él y agregó *“en este caso nos dijeron que una fuente había dicho que en esa casa había dos mujeres, dos menores de edad y que ahí guardaban la sustancia que vendían en una plaza de vicio, marihuana. Recordando ahorita mismo mi compañero Wilson nos informó “bueno en esa casa vamos a encontrar dos mujeres y dos menores de edad, la mujer es bajita, trocita gordita y se llama Maryoris”, no recordó el nombre de la otra persona”*.

4.9 Después declaró el Intendente Juan Pablo Yepes Muñoz¹³, investigador del grupo de estupefacientes de la SIJIN, quien explicó en el mismo sentido que el anterior, que realizó un allanamiento el año pasado *“y que su investigador líder adelantó una serie de labores de acuerdo con la información que tenía en ese momento las cuales puso en conocimiento de la fiscalía y obtuvo la orden de allanamiento para dos inmuebles donde se almacenaban y distribuían sustancias estupefacientes, que había una fuente humana que dio a conocer esa información por lo cual se hizo el procedimiento”*.

A continuación, explicó cuándo y dónde se realizó el procedimiento en iguales términos que su antecesor, indicando ser la acusada quien entregó una bolsa con unos paqueticos con cigarrillos envueltos en aluminio conocidos como cannabis o marihuana, también un cuaderno que determinó era importante porque tenía *“como una especie de contabilidad*

¹² Ídem. Minuto 59:16.

¹³ Audiencia de juicio oral. Sesión del 17 de febrero de 2020. Minuto 01:05:46

o de registros, en los cuales se daba a inferir que se trataba de unas cuentas de algo que de pronto ella tendría que rendir en ese momento”.

Dijo no conocer con anterioridad a la acusada y ser ella quien voluntariamente hizo entrega de la sustancia que estaba en su habitación.

En el examen cruzado¹⁴ agregó que la sustancia estaba en una bolsa grande “*como de tela donde se carga mercado*”, sin recordar en cuántos paquetes estaba distribuida, aunque no fue a él a quien se le entregó el hallazgo, sino a su compañero Wilson. Después se realizó una requisita o búsqueda, pero no se encontró nada.

Sobre la fuente humana señaló que era su compañero Wilson quien tenía la información por ser el investigador líder, él y los demás fueron de apoyo, pero no realizaron actos de investigación.

4.10 Pues bien, en las anteriores declaraciones ambos testigos se refirieron a las circunstancias observadas y percibidas directamente por ellos en el momento en que se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro del inmueble ubicado en la calle 66D Nro. 41^a-17, segundo piso del barrio Villa Hermosa donde la acusada Maryori Casas Avendaño hizo entrega de una bolsa contentiva de 360 cigarrillos de marihuana que arrojaron un peso neto de 720 gramos, es decir, de acuerdo con lo hasta aquí discurrido, ninguna duda se observa en lo referente a la materialidad de la conducta atribuida en modalidad de conservación.

No obstante, dichos declarantes indicaron, a efectos de demostrar que la sustancia incautada tenía fines de tráfico, que la diligencia ocurrió con ocasión de la información suministrada por una fuente no formal, afirmaciones que se enmarcan dentro de los supuestos de prueba de referencia, precisados atrás. Estas las razones: Primero, ninguno de los dos declarantes, es decir, ni Fabio Atencio Beltrán ni Juan Pablo Yepes Muñoz se entrevistó de manera directa con la mencionada fuente, pues ambos reconocieron haber sido ésta quien informó que en dicho inmueble se guardaban sustancias estupefacientes para luego ser distribuida en una plaza de vicio, así mismo ninguno de los dos participó

¹⁴ Ídem. Minuto 01:18:43

en labores de investigación y mucho menos verificación, sin embargo, dieron cuenta de esos actos realizados por otros pero ni siquiera en presencia de alguno de ellos.

Tan evidente resulta lo acabado de expresar, que el Intendente Yepes Muñoz dijo que era su compañero Wilson quien tenía la información suministrada por la fuente, pues él era el investigador líder y que los demás fueron de apoyo, con lo que queda claro que nada le consta al respecto ya que tanto él como Atencio Beltrán desconocen el contenido de dicha información e incluso los datos de identidad o ubicación de la misma.

Frente a las características físicas suministradas por la fuente no formal y que presuntamente coinciden con las de la acusada, ninguna relevancia tienen en el proceso, pues es claro que las mismas no constituyen medio de prueba y tan solo son herramientas de direccionamiento de la investigación; además las mismas resultaron tan genéricas que podrían ajustarse a un enorme grupo poblacional de mujeres de mediana edad.

4.11 Como último testigo de cargo asistió Wilson Yamit Castaño Gutiérrez¹⁵, quien dijo haber laborado para la Policía Nacional aproximadamente 12 años y medio y para el 22 de agosto de 2019, se desempeñaba como investigador de la SIJIN en el grupo de estupefacientes.

Sobre los hechos materia de juzgamiento indicó:

“Para ese entonces una persona se acerca y toma contacto con nosotros diciendo que tiene una información de gran importancia en el sector de Villa Hermosa donde tenía ubicados dos inmuebles donde guardaban sustancias estupefacientes, exactamente en uno de esos inmuebles me corresponde realizar la diligencia de allanamiento, se toma la información se hacen unas verificaciones, se verifican las direcciones de los inmuebles tal y como lo indica la fuente con dirección, dan las características de los inmuebles se adelantan las verificaciones respectivas, se va al lugar de lo hechos a verificar el inmueble, realiza tomas fotográficas, una ubicación del punto a hacer labores de vecindario y ya se contacta que en ese sector hay una venta de estupefacientes y que posiblemente en los inmuebles relacionados por la fuente son utilizados para guardar sustancias estupefacientes.

¹⁵ Audiencia de juicio oral. Sesión del 1 de junio de 2020. Minuto: 10:14.

Igual en esa información que la fuente nos consigue a nosotros aporta características de las personas encargadas de hacer dichas actividades, incluso nombres de las personas, la modalidad cómo hacen esta actividad.

Para el caso en concreto que me corresponde la diligencia, bueno primero se solicita la orden de allanamiento y registro, la fiscalía ve viable y confiable la información otorga la orden y el día 22 de agosto se hace la diligencia a estos dos inmuebles”.

Señaló la dirección y recordó que la fuente humana le había informado que en el inmueble del segundo piso vivían dos personas del sexo femenino, mayores de edad y que correspondían al nombre de Luisa y Maryory Avendaño, describiéndole también sus edades y características físicas, las cuales no recordaba en el momento, por eso solicitó refrescar memoria con el informe de la fuente humana, el mismo que luego de ser verificado por la *a quo*, no había sido solicitado por la fiscalía y mucho menos decretado como prueba.

El testigo continuó con su exposición y dijo haber realizado labores de vecindario para constatar la información de la fuente, observando que cerca del inmueble de la acusada quedaba una plaza de vicio, al refrescar memoria con el informe de allanamiento y registro advirtió que los nombres dados por su informante fueron Luisa Fernanda y Maryoris Avendaño, y que ésta última tenía entre 35 y 40 años y era “*gordita*”.

En el conainterrogatorio¹⁶ explicó, que en dicho inmueble sólo se almacenaban estupefacientes porque el expendio era en vía pública donde había una virgen, por eso en dicho lugar no había dinero producto de la venta y de acuerdo con su experiencia las anotaciones halladas en el cuaderno que fue incautado es el control que hacen las personas para sacar la marihuana al lugar donde la venden, esa es la forma cómo la contabilizan.

4.12 Hasta a quí el contenido de la prueba aportada por al fiscalía, con la cual, dijo la funcionaria de primera instancia que “*la información que recibió la policía judicial fue totalmente verificada*”, entiende esta Sala que se refirió a la suministrada por la fuente no formal; no obstante, de la anterior situación, se advierte un primer problema

¹⁶ Audiencia de juicio oral. Sesión del 1 de junio de 2020. Minuto: 01:40:00

probatorio, pues ese importante elemento de que era precisamente del inmueble de Maryory Casas Avendaño de donde salía la sustancia estupefaciente para ser distribuida o comercializada en el lugar de expendio denominado “La Virgen”, no se encuentra respaldado a través de ninguna percepción directa de quienes desfilaron como testigos en el proceso. Todo quedó entonces en las manifestaciones realizadas fuera del juicio por una denominada “fuente no formal” y sin ningún otro dato relevante de identificación, es decir, por este medio se pretendió incorporar al proceso circunstancias fácticas de enorme incidencia sustancial, como la dirección y descripción de un inmueble destinado para la conservación de sustancias estupefacientes con fines de comercialización o venta, sus habitantes, edades y características físicas, lo que constituye un típico ejemplo de prueba de referencia inadmisibles, por cuanto no se alegaron y mucho menos demostraron ninguno de los supuestos del art. 438 de la ley 906 de 2004.

En otras palabras, admitir que la sustancia incautada en la casa de habitación de Maryory Casas Avendaño era para su comercialización implicaría darle validez a una fuente anónima que poco valor probatorio tiene en el proceso penal de acuerdo con el aparte jurisprudencial que a continuación se transcribe:

“Inadmisibilidad de los anónimos como prueba de referencia.

En el apartado 2.2 se dijo que la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, además de cumplir los requerimientos específicos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013), para su admisión excepcional. Y en el 2.4 se precisó que la normatividad legal prohíbe la utilización de los anónimos como medio de prueba.

De estas premisas se sigue que la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, para que pueda ser utilizada como prueba de referencia, y que si esta condición no se cumple, como acontece con las declaraciones anónimas, no será jurídicamente posible su admisión como medio de prueba.

La exigencia de que la declaración anterior provenga de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tomada en cuenta como

prueba de referencia, es compartida por la doctrina comparada, y acogida por la jurisprudencia de la Sala, como se desprende de su decisión CSJ, SP, 6 de marzo de 2008, radicado 27477, donde precisó,

«La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

«También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida»¹⁷.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí discurrido, no queda claro si la información suministrada por la fuente humana existió, si ésta llegó a las instalaciones policiales o si se acercó al Agente Castaño Gutiérrez y éste le tomó entrevista, pues ninguna referencia por mínima que fuera se hizo de ella en el proceso, y es que de admitirse en gracia de discusión que existió, se quedó en el plano de simple acto de investigación, ya que para el juicio oral no se convocó a ese testigo, de quien se desconoce cualquier información. Expresado de diferente manera, las afirmaciones incriminatorias para la acusada, indicativas de una posible responsabilidad de aquella respecto de la ejecución criminal que se le imputa provienen de una persona no identificada en la actuación, es decir, de una fuente anónima, como quedó reseñado en párrafos que anteceden.

4.13 De otro lado, dijo el investigador Wilson Yamit Castaño que realizó labores de verificación y vecindario a efectos de confirmar lo dicho por la referida “fuente”, no obstante, no explicó en qué consistieron tales actividades y por qué de ellas se infiere de manera indubitada la veracidad de sus manifestaciones. En otros términos, no fue más allá de unas manifestaciones sin respaldo probatorio, pues ni siquiera sus compañeros policiales las ratificaron.

¹⁷ CS de J sentencia del 4 de mayo de 2016, radicado SP5798-2016, 41.667

4.14 De otra parte, en contraposición a lo narrado por los testigos de cargo, la defensa presentó en primer lugar a Luisa Fernanda Arboleda Jaramillo¹⁸, nuera de la acusada y compañera permanente de Jhon Wilder Casas Avendaño quien explicó que el 22 de agosto de 2019 estaba en su casa cuando llegaron unos investigadores de la SIJIN a quienes su suegra les hizo entrega de un paquete que tenía en su habitación cuyo contenido ella no conocía.

Relató que tanto ella como la acusada han tenido problemas con su compañero por una marihuana que él había guardado debajo de la cama pues éste es consumidor “y como trabaja en construcción hace eso al escondido suyo”.

Dijo que el día de la diligencia de allanamiento los agentes incautaron también un cuaderno donde anotaban lo relacionado a su trabajo de manualidades como manillas ya que los pagos se los hacían los viernes o cuando entregaban su trabajo donde se ganaban entre \$140.000 y \$200.000.

La fiscalía no contrainterrogó.

4.15 Por su parte Jhon Wilder Casas Avendaño¹⁹, hijo de la acusada indicó que el día de la captura él estaba trabajando y un primo llegó a la construcción y le avisó que habían capturado a su mamá, él salió y cuando llegó, los policiales le dijeron que ella les había entregado una droga, él les informó que ésta era suya.

Reconoció que lo incautado era de su propiedad porque es consumidor por eso la tenía, además por trabajar con ocho personas más él era el encargado de guardarla y repartirla, ya que a su trabajo llevaba entre “seis y ocho baretos por día” por eso compraban “un montón” y que esa cantidad, trescientos sesenta cigarrillos le duraba aproximadamente doce días.

En el examen cruzado²⁰ explicó que su mamá y compañera se dedicaban a las manualidades y trabajaban con una señora Silvia y otras vecinas, que lo hacían en su casa de lunes a sábado y que usualmente los pagos se hacían los viernes. Dijo no saber si al

¹⁸ Audiencia de juicio oral del 3 de julio de 2020. Minuto: 23:48

¹⁹ Audiencia de juicio oral del 3 de julio de 2020. Minuto: 43:30

²⁰ Ídem. Minuto: 52:33

lado de su casa vendían sustancias estupefacientes, pues él bajaba con un amigo por los lados de “Lovaina” a comprarla.

4.16 Por último Silvia Elena Pérez Martínez²¹ reconoció ser la empleadora de la procesada, pues ésta trabaja para ella ensamblando accesorios hechos a mano, resaltó que ella le daba el material y una vez terminados pagaba por labor realizada.

Dijo tener con la acusada sólo una relación laboral y manejar aproximadamente treinta mujeres que trabajan desde sus casas, recordando que el pago variaba dependiendo del producto realizado, pero en promedio podían ser entre \$150.000 y \$ 200.000, registro que se va llevando en unos formatos pequeños implementados internamente en la empresa.

A la fiscalía le informó ser ajena a lo que sus empleadas hacían en sus casas, pues sabía que trabajan allí pero no conocía la residencia de cada una de ellas y que Maryory laboraba con ella desde finales del año 2018²².

4.17 Respecto de los anteriores testimonios, la *a quo* indicó que sólo sirvieron para demostrar que la acusada tenía “otro” ingreso proveniente de la actividad lícita de artesanías o manualidades por encargo, la cual no era incompatible con la tarea de guardar sustancias estupefacientes en su residencia y entregarla en paquetes a los distribuidores de la plaza de vicio del sector, señalamiento que esta Sala no comparte pues además de quedar probado que Casas Avendaño laboraba en su residencia en compañía de su nuera, tal y como lo afirmó Silvia Elena Pérez Martínez, también quedó claro que su hijo Jhon Wilder Casas Avendaño era consumidor de dicha sustancia y que según él era quien la guardaba en su residencia para consumirla en su trabajo junto con sus compañeros de construcción.

Y es que para esta Sala los relatos provenientes de su consanguíneo y pariente por afinidad no pueden ser descartados por este simple hecho pues sus narraciones fueron claras, precisas y se corresponden con la realidad probatoria, máxime cuando la fiscalía no logró en el juicio, en el ejercicio del contrainterrogatorio impugnar su credibilidad. Es cierto, la fiscalía no desvirtuó las afirmaciones de los testigos de la defensa, así, por ejemplo, no demostró que el hijo de la acusada mentía cuando señaló ser consumidor de

²¹ Audiencia de juicio oral del 3 de julio de 2020. Minuto: 01:31:13

²² Ídem. Minuto 01:43:03

marihuana, o dedicarse a la construcción y compartir la yerba con sus compañeros de trabajo. En fin ninguna de estas aseveraciones fue controvertida mínimamente.

Así lo ha explicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al referir lo siguiente:

“De igual modo, aunque bien ha sostenido la jurisprudencia, no es viable repudiar de plano el testimonio de familiares o amigos de alguna de las partes involucradas- víctima y victimario-, porque pese a la probable falta de objetividad que pudiera surgir del interés natural de favorecer a los consanguíneos y allegados, algún contenido de verdad puede estar inmersa en su versión, las reglas de apreciación de este tipo de prueba, recomiendan someter a ese testigo a un exhaustivo análisis en los términos del artículo 404 de la ley 906 de 2004, el cual atiende a “la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo esa percepción, las circunstancias de tiempo y modo en que lo percibió, los procesos de rememorización, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”, hecho lo cual, se debe avanzar hacia un estudio concatenado de dicho medio de convencimiento con los demás practicados en juicio, para de esta manera identificar si la declaración es digna o no de crédito”²³.

Por tanto, en el *sub judice* no era plausible, como lo indicó la juez de instancia, indicar que los testimonios de la defensa no tuvieron capacidad para derruir la tesis de la fiscalía, pues la valoración de las pruebas, tanto de manera individual como en conjunto y a la luz de la sana crítica, por lo menos cuestionan seriamente la hipótesis del ente persecutor respecto de la responsabilidad penal de la acusada, la misma que dígase de una vez no se probó más allá de duda razonable, pues de un lado, su tesis inculpativa se fundamentó en la información ofrecida por una fuente no identificada en el juicio, y de otro no se demostró que la finalidad de la sustancia incautada fuere la distribución, expendio o tráfico por parte de la procesada.

Así mismo, advierte la Sala que la duda sobre la finalidad que tenía Maryory Casas Avendaño con la sustancia incautada pudo ser superada mediante la ejecución de una mínima investigación pues, ningún acto de verificación de la información de la fuente no formal consta en el proceso, ni siquiera entrevistas o labores de vecindario que dieran

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 34536 del 6 de marzo de 2013.

cuenta de las actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes al interior del inmueble, la toma de imágenes por los policiales en actividad de vigilancia del lugar, etcétera, pues como se dijo los testigos de cargo se limitaron a dar cuenta de las circunstancias en que se produjo la captura de Casas Avendaño y era a la fiscalía a la que le correspondía demostrar que el fin de la sustancia incautada era su distribución a cualquier título, pues así lo ha indicado el Máximo Órgano de la Justicia Ordinaria:

“En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, con claridad precisan que «corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal», y que «En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria».

Esto significa que la carga de probar tiene que ser asumida por el órgano de persecución penal, pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y que es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8-2).

En consecuencia, es a la Fiscalía a quien compete la demostración de cada uno de los elementos del tipo penal, entre ellos, la acreditación probatoria de los fines del porte de estupefacientes relacionados con la distribución o tráfico de los mismos y, con ello, la afectación o la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Obviamente, también corresponde al órgano de persecución penal, en virtud del principio de objetividad (artículo 115 de la Ley 906 de 2004), establecer situaciones relacionadas con la ausencia de responsabilidad, a efectos de no incoar la pretensión punitiva.

De otro lado, en relación con la acción de llevar consigo, verbo rector alternativo del tipo penal que recoge el artículo 376 del Código Penal, la Corte debe señalar que aunque eventualmente la cantidad de droga que se porte permitiría inferir conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes, no es ese un elemento que pueda adscribirse a la tipicidad de la conducta.

En este sentido, se torna insuficiente apelar al criterio cuantitativo de dosis para uso personal, previsto en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, como factor determinante para la configuración del injusto típico, puesto que en los eventos en que la cantidad llevada consigo no supera aquellos topes previstos por el legislador, la conducta deja de ser relevante para el derecho penal. Mientras, importa subrayarlo, cuando la acción está relacionada con el tráfico, es claro que el comportamiento se estima lesivo del bien jurídico, sin reparar en que la sustancia desborde o no aquellos rangos regulados en la ley.

De la misma manera, cuando la cantidad de estupefaciente supera la prevista como dosis para el uso personal, es necesario recurrir a otros factores que puedan determinar el juicio de lesividad de la conducta, de modo que la ilicitud se establezca con fundamento en criterios normativos referidos a la relevancia jurídico penal del comportamiento y a la efectiva afectación del bien jurídico protegido, en todo caso distintos al arbitrario y vago concepto legal de dosis personal.

Valga decir, en el contexto de la nocividad específica de la sustancia de crear dependencia, que es el concreto cometido de protección a través del bien jurídico de la salud pública, el criterio atinente a los límites cuantitativos impuestos por el legislador al determinar la dosis para el uso personal, con frecuencia riñe con las condiciones personales del individuo, caso en el cual entran en juego otros elementos atinentes, por ejemplo, al grado de dependencia, su tolerancia y necesidad, su condición de consumidor adicto, recreativo o primerizo y la posibilidad de abastecimiento en cantidades superiores o de dosis compartidas, lo que escapa a cualquier previsión legislativa.

(...)

Por último, importa reiterar que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible”²⁴.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 44997 del 11 de julio de 2017. MP: Patricia Salazar Cuellar.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

4.18 En síntesis, la responsabilidad penal de la acusada no quedó demostrada, en tanto la fiscalía no acreditó en manera alguna la finalidad de la sustancia estupefaciente incautada y por contera la afectación al bien jurídico de la salubridad pública, planteamiento que reseñó el censor y que esta Sala comparte, en consecuencia, se revocará el fallo condenatorio proferido en disfavor de Mayory Casas Avendaño para en su lugar proferir uno de absolución por atipicidad de la conducta pues como se dijo, la Fiscalía no acreditó que la finalidad de la sustancia encontrada estuviera relacionada con la distribución y el tráfico de la misma.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **REVOCA** la sentencia emitida por el Juzgado 19 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el pasado 17 de septiembre de 2020, y en su lugar, **ABSUELVE** a **MARYORY CASAS AVENDAÑO** del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso con destinación ilícita de inmuebles, por las razones expuestas en precedencia.

Como consecuencia de lo anterior, líbrese por la Secretaría de esta Sala la correspondiente orden de libertad, la cual materializará la autoridad penitenciaria, siempre y cuando la procesada no tenga requerimiento judicial que lo impida.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma sólo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

Con salvamento de voto

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

**

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000206 2019-20366
Maryory Casas Avendaño

- * Original Firmado
- ** Proyecto aprobado en Sala de Decisión Virtual con salvamento de voto del Magistrado José Ignacio Sánchez Calle.

Nota: La providencia con las respectivas firmas puede ser consultada en la Secretaría de la Corporación, una vez finalice la medida de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.