TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 139
(Sesión del 7 de junio de 2024)

Radicado:	**05001600020620201090l**
Procesado:	**Diego Alexander Misas Taborda**
Delito:	**Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes**
Asunto:	**Fiscalía apela sentencia absolutoria**
Decisión:	**Confirma**
M. Ponente:	**José Ignacio Sánchez Calle**

Medellín, 17 de junio de 2024
(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 proferida el 4 de marzo de 2022 por el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín que absolvió a Diego Alexander Misas Taborda del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el que había sido acusado.

2. HECHOS

Según el Ente Acusador, el 23 de julio de 2020 a eso de las 6:25 horas aproximadamente en vía pública, sobre una de las escalas que llevan a la estación Metrocable de Santo Domingo Savio en esta ciudad, en la Carrera 29 # 107, del barrio La Avanzada, Diego Alexander Misas Taborda, ofrecía y llevaba consigo con fines de venta, cocaína y marihuana en un peso neto 37.7 y 91.2 gramos, respectivamente. La cocaína estaba distribuida en 106 bolsitas herméticas dentro de las cuales 21 bolsitas tienen papel rosado y dentro del estupefaciente 51 bolsitas papel azul y 34 bolsitas papel amarillo y otra bolsa con 24 bolsitas 7 en papel blanco, 10 con logotipo calavera y 7 bolsas grapadas.

El acusado ofrecía el estupefaciente en el sitio y lo llevaba consigo en un bolso, acotando que la marihuana estaba en 57 cigarrillos y en bolsa diferente a la cocaína.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Audiencias Preliminares. El 24 de julio de 2020, el Juez Trece Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, legalizó en procedimiento de captura en situación de flagrancia realizado en contra de Diego Alexander Misas Taborda. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación formuló imputación por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de "portar con fines de venta" contenido en el artículo 376 inciso 2° del Código Penal, cargo al cual no se allanó el imputado. No se le impuso ninguna medida de aseguramiento, ordenándose su libertad inmediata.

3.1.2. Acusación. El 17 de julio de 2021, el Juez Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en la que la Fiscal acusó formalmente al procesado en calidad de autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de "ofrecer o llevar consigo con fines de venta", conforme al artículo 376 inciso 2º del Código Penal.

3.1.3. Audiencia preparatoria. Se adelantó el 23 de noviembre de 2021.

3.1.4. Audiencia del juicio oral. Se desarrolló los días 4, 11 y 21 de febrero.

3.2. Sentencia de primera instancia.

El Juez Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín profirió sentencia absolutoria por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que se le atribuyó a Diego Alexander Misas Taborda, indicando que en el juicio se admitieron una serie de pruebas, documentales y testimoniales, aportadas por los sujetos procesales en disputa, que versan sobre

hechos relevantes. Igualmente se estipuló, a más de la plena identidad del acusado, la calidad, cantidad y mismidad de la sustancia incautada. Dentro del actuación no encontró el Despacho *a quo* duda alguna de que el acusado fue aprehendido en las escaleras circundantes de la estación del Metrocable del barrio Santo Domingo Savio, y le fue hallado dentro de un bolso o carriel que portaba, sustancia estupefaciente.

Para soportar su teoría del caso, la Fiscalía hizo desfilar en la vista pública a los policiales, anotando que ambos agentes obtuvieron un conocimiento primario otorgado por una fuente humana, de la cual no identificaron ni aportaron su nombre en el juicio, amén de que la misma no declaró, pues nunca se solicitó por el Ente Acusador.

Advierte la primera instancia que ese conocimiento primario de los policías se obtuvo por el dato aportado verbalmente por este ciudadano no identificado, quien les comentó que en las escaleras adyacentes a la estación del Metrocable de Santo Domingo, una persona le había ofrecido estupefacientes, describiendo la fuente humana sus vestimentas. Ahora bien, como la Defensa planteó la prohibición de soportar la utilización de fuentes humanas como fundamento del ejercicio de la acción penal, utilizando la misma solo como criterio orientador para la investigación, dicha información tendrá únicamente este parámetro como guía para ese momento, no pudiendo vincularse lo que esta fuente humana no identificada avizoró con los policiales, pues se estaría frente a una declaración anterior incorporada como prueba de referencia, pues debió haber sido quien dio la información, quien debería verter el conocimiento que tuvo acerca de la conducta desplegada por el acusado y de la cual dio información a los policiales.

En consonancia con lo anterior, acota el *a quo* que el dicho de la fuente humana no puede ser utilizado como herramienta incriminatoria para superar el rasero que señala la norma procesal penal para superar el conocimiento más allá de toda duda razonable. Así las cosas, resulta necesario excluir la valoración de la información allegada por esa fuente anónima como prueba incriminatoria, debiendo circunscribirse el análisis a los otros medios de convicción allegados a la vista pública. En consecuencia, hace alusión a la providencia del 4 de diciembre de 2019 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia SP Nº 35, con ponencia del Magistrado Hender Augusto Andrade

Becerra, para afirmar que excluirá del análisis de los medios de convicción, la fuente anónima aportada por vía de los policiales, analizando los demás medios de convicción para determinar si hay un estándar para proferir juicio de reproche por la conducta contra la salud pública atendiendo a los verbos rectores atribuidos.

Ahora bien, los verbos rectores son ofrecimiento y llevar consigo con fines de venta, ambos vinculados presuntamente a la comercialización de estupefacientes dentro del artículo 376 inciso 2º del Código Penal. Sobre el primero de los verbos rectores, señala que es un verbo transitivo que significa poner a disposición del público un producto para que se compre o utilice y portar significa llevar consigo. Frente a estos, es responsabilidad de la Fiscalía, como titular de la acción penal, acreditar debidamente y con un conocimiento más allá de toda duda razonable que las conductas vertidas en el pliego de cargos efectivamente se configuraron, pues no será únicamente la cantidad de la sustancia o el empaque de la misma, presupuestos para apalancar un juicio de reproche, pues no debe olvidarse que debe el Juez obtener la certeza racional relativa acerca del ofrecimiento, o si el acusado lleva consigo la droga con fines de venta, acotando que se utilizan sendos verbos rectores con diversos comportamientos, debiendo reseñar que al parecer se utilizan por el Ente Acusador verbos rectores subsidiarios para encajar un mismo comportamiento y que, si no procede la condena por uno, se utilice el otro.

Una vez expuestas las consideraciones anteriores, recuerda el *a quo* que, si bien el conocimiento primario lo obtuvieron de una fuente humana anónima, la cual como ya se anotó no puede ser objeto de valoración, los policiales en mención, en su declaración se contradicen sobre el procedimiento efectuado, pues el patrullero José Julián Patiño Sarmiento manifestó que Diego Alexander Misas Taborda tenía un elemento en la mano, como una sustancia alucinógena y que esta la ofrecía, descargando en su compañero –quien según él realizó el informe-, el destino de esa bolsita; la cual según la declaración del policial Elver Rafael Villadiego Torres al parecer no existió, pues afirmó que todo el material alucinógeno encontrado estaba el bolsa o canguro que portaba el acusado ese día, debiendo acotar que los policiales para nada consignaron en el informe, la bolsita en mención, que les sirvió para inferir el presunto ofrecimiento de estupefacientes.

Arguye la primera instancia que la prueba practicada en juicio oral no debe dejar hesitación alguna sobre lo que realmente ocurrió, y que los procedimientos de los policiales como tal deben ser claros y prístinos sobre sus dichos, pues no es claro sobre un mismo procedimiento que uno y otro agente manifiesten diversas situaciones, dirigidas todas ellas a fundamentar el juicio de reproche al acusado, además que uno de ellos descargue en su compañero las falencias del informe que se presenta. Cabe anotar que la variante de ofrecimiento que pretenden acreditar los agentes de policía no tiene la firmeza suficiente, pues la única expresión que utilizan es que le vieron estirando la mano “como ofreciendo”, sin embargo, estando allí no escucharon que a los transeúntes les pusiera de presente la presunta mercancía que comercializaba Misas Taborda, ni tampoco le hallaron dinero que fuera producto de alguna transacción a esa hora, aunado lo anterior a la discrepancia sobre la bolsita que sustenta el ofrecimiento de estupefacientes por parte del acusado a quienes caminaban por esas escalas ese día.

Estimó el Juez que hay una circunstancia que pone en entredicho la credibilidad de los policiales y la forma en que desarrollan los procedimientos, lo cual si bien podría decirse que solo tiene consecuencias disciplinarias ante la omisión, enmarcadas estas en la ausencia de notificar en el libro de población el procedimiento en mención y la falta de reporte en la línea que los policiales tienen para dar cuenta del procedimiento de captura, circunstancias acreditadas para el *a quo*, toda vez que la Defensa de Misas Taborda aportó elementos que acreditan las falencias en mención, muy a pesar de los intentos del Ente Acusador que de manera inteligente trató de desviar la atención sobre los mismos.

Para la primera instancia lo que podría haber pasado como una omisión en una presunta incidencia disciplinaria, tiene consecuencias en la credibilidad de los agentes de policía, pues ellos de manera reiterada afirmaron que habían realizado las anotaciones y el procedimiento respectivos, situación que contraviene lo acreditado en juicio oral, pues si bien ellos tratan de señalar que realizaron dichas actividades administrativas dentro de su actividad policial, los medios de convicción que suministra la Defensa dan a entender otra situación, afectando de tajo su credibilidad, ya de por si puesta en entredicho por la forma

en que realizaron los hallazgos, generando el interrogante de si fue lo que observaron o lo que creyeron observar para estar en consonancia con la fuente anónima.

Afirma el *a quo* que la prueba de cargo practicada en juicio plantea serias dudas acerca el ofrecimiento realizado por el acusado, pues si bien afirmaron que lo vieron extendiendo la mano, son contradictorios en el hallazgo de la plurimencionada bolsita, aspecto que aunque podría ser visto como una circunstancia sin importancia, en la misma radica en su génesis la falta de credibilidad de los policías, observando que de esta manera tratan, sin lograrlo, de enmarcar el comportamiento de captura dentro de la comercialización, distribución y tráfico de estupefacientes.

Advierte que no se pudo derruir la presunción de inocencia frente al verbo rector de ofrecimiento por el cual la Fiscalía acusó a Diego Alexander Misas Taborda pues con las pruebas arrimadas no es posible llegar al juicio de certeza racional relativa frente al verbo rector acusado de ofrecer estupefacientes, ya que al realizar una valoración en conjunto de los medios de convicción acopiados prima la duda probatoria afectando el grado de conocimiento para lanzar juicio de reproche.

Considera que la Fiscalía no logró demostrar la responsabilidad penal de Diego Alexander Misas Taborda, toda vez que las pruebas practicadas y controvertidas en sede de juicio oral no cumplen con los fines establecidos en el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal y, por ende, debe darse aplicación al principio procesal "*onus probandi incumbit actori*", en el sentido de que en un Estado Social de Derecho corresponde siempre a este la carga de la prueba para demostrar que una persona cometió una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Entonces, cuando el Estado no cumple con la carga probatoria y argumentativa de desvirtuar la presunción de inocencia, lo que debe hacer el operador judicial es dar aplicación al principio in dubio pro reo, lo cual tiene como consecuencia directa la absolución del enjuiciado.

Así pues, para el *a quo*, no se llegó al conocimiento más allá de toda duda razonable para emitir sentencia condenatoria, más concretamente no hubo una certeza racional relativa, toda vez que las inconsistencias que se asoman en el

procedimiento efectuado impiden que se llegue a la certeza racional relativa frente al verbo rector de ofrecer.

Ahora, frente a la dual utilización de los verbos rectores, como es el de llevar consigo con fines de venta, estimó la primera instancia que el ingrediente subjetivo que la Fiscalía manifestó haber acreditado dentro de la vista pública no se probó, toda vez que revisada la actuación no se vislumbra ninguna circunstancia que indique sin duda alguna que Misas Taborda portaba esos estupefacientes con el ánimo de comercializarlos o distribuirlos, pues no considera que solo el pesaje o los diseños de las bolsas sean indicativos suficientes para acreditar la finalidad mencionada o que el estupefaciente este en varias bolsas. Si bien el peso es un indicativo en la modalidad de llevar consigo, no podría ser este el factor determinante, como tampoco la forma en que estaba distribuida, pues de dicha situación se podría inferir una dosis de aprovisionamiento; no contando con otros elementos, no se podría inferir con la sola presencia del acusado que el mismo comercialice con estupefacientes, pues oteando la duda sobre este aspecto, debe resolverse en su favor y señalar que no está probado el desempeño mercantil del acusado.

Concluye el Juez de primera instancia que no hay medios de convicción que permitan acreditar que el ingrediente subjetivo del tipo para el verbo rector llevar consigo supere la certeza racional relativa para concluir que se puede lanzar juicio de reproche sobre el mismo, pues si se observan los medios de convicción, atendiendo a los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la acusación, ni por vía del presunto ofrecimiento, aspecto que para el *a quo* tiene un grado de duda enorme, ni por la vía de llevar consigo está demostrado la actividad dirigida a la comercialización, distribución o tráfico de estupefacientes. Siendo entonces lógico aseverar que, por este verbo rector alternativo, no hay medios de convicción para manifestar que se superó el conocimiento más allá de toda duda razonable para emitir sentido del fallo condenatorio en contra de Misas Taborda, consecuente a ello emite fallo absolutorio en su favor.

3.3. Del recurso interpuesto por la Fiscalía General de la Nación.

Inconforme con la absolución, la delegada de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, indicando que es cierto que, por creación jurisprudencial, hoy precedente Judicial, se completó el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, lo que tiene como finalidad diferenciar para su tratamiento si el agente que porta o conserva –cantidades razonables para el consumo- tiene la condición de consumidor o adicto, o si por el contrario se trata de una persona que portando o llevando consigo estupefacientes, tiene un vínculo con el tráfico o la fabricación de estupefacientes.

Acota que la Corte buscó, con toda razón, evitar que se judicialice, o mejor que se condene, a los consumidores de estupefacientes, sin embargo, dentro de este asunto se probó, que el procesado sí ofrecía y también llevaba consigo estupefacientes para la venta, conforme a la acusación y a la teoría del caso. Para el efecto la Fiscalía llevó a juicio a dos testigos Elver Villadiego y Julián Patiño, en tanto hubo estipulaciones que terminaban por completar su práctica probatoria. Si bien son solo dos, la recurrente les concede entera credibilidad a sus dichos pues, contrario a lo afirmado por la Judicatura, surgen como espontáneos, circunstanciados, responsivos y coherentes, y demuestran no solo que el procesado llevaba la droga, sino que se deduce de toda la prueba que la misma iba con destino a otras personas y, además, que Diego Alexander Misas Taborda, ofrecía a los transeúntes las sustancias estupefacientes que tenía consigo en un bolso manos libres, colgado en sus hombros, ese 23 de junio de 2020 a eso de las 6:25 de la mañana en una de las escaleras del metro cable de Santo Domingo, en Medellín, sector la avanzada.

Afirma la recurrente que tiene razón el *a quo* cuando dice que ninguno de los policías testigos escuchó el ofrecimiento de droga, también cuando dice que los dichos de la persona que informa a los policiales sobre el ofrecimiento de drogas en las escalas del Metrocable no son prueba; sin embargo, esta información es la que lleva la presencia de los testigos al hecho, toda vez que ellos fueron a verificarla. Esto para indicar que ellos no aparecieron por mera casualidad a conocer un procedimiento, justo cuando estaban próximos a terminar su turno laboral, de un ciudadano que ni habían visto, ni tienen con él ningún conflicto ni animadversión alguna que haga pensar que se inventaron un caso en su contra. Lo que no comparte la Fiscalía es ese sesgo contradictorio que ve el Juez en sus testigos pues le parece sospechoso y, por qué no, aunque no lo diga con la

misma palabra, mentirosos, porque José Julián Patiño Sarmiento le vio al procesado una dosis de droga en sus manos, que consistía en una bolsita plástica transparente con cocaína y Elver Villadiego Torres no vio lo mismo. Repárese que ambos testigos reciben la información de quien los dirige a verificarla a las escalas del metro cable, y si bien es un informante anónimo que da los datos de quien vende drogas en las escalas del metro, son ellos testigos directos de un hecho del que la Fiscalía concluye la tesis presentada como teoría del caso.

La Fiscal no encuentra error en que el testigo Elver Villadiego no haya visto al procesado con una dosis en la mano, pues quien ve este hecho es precisamente Julián Patiño que es quien se le acerca al procesado, lo requisa y hace la incautación. Entonces no tiene Elver por que ver lo mismo que su compañero Julián, por el contrario, si tuvieran ese ánimo incriminatorio en contra del procesado sería más fácil decir que escucharon ofrecer droga, pero no; ellos dijeron lo que les consta, lo que vieron. Es normal y natural que no todos los testigos de un hecho vean lo mismo pues son muchos los factores que inciden en una persona para ver diferentes aspectos de un mismo hecho, eso depende, como en este caso, del lugar de ubicación de cada testigo, de lo que hace cada uno, del rol que como servidores públicos deben cumplir, de su experiencia, de su personalidad y, en fin, son muchos los factores que llevan a que de un mismo hecho, los testigos aprecien de diferente manera, sin que sean sus testimonios mendaces.

Arguye que no sería ni serio, ni prudente y menos lógico que dos policiales uniformados, que van a verificar una situación, lleguen los dos, requisen los dos a la persona que necesitan requisar, y hagan exactamente lo mismo; en el rol de servidores públicos en el que se encuentran, cada uno cumple un rol, no se hace el mismo trabajo por dos personas. Así entonces, uno requisa al procesado y el otro se quedó al lado, cerca, prestando seguridad, etc. Si Elver Villadiego no fue el que se acercó al procesado, es totalmente creíble que no haya visto que tenía una dosis en su mano, luego entonces como si fue Elver el que firmó el informe de captura en flagrancia, el que lo redactó con su puño y letra, era fácil que el detalle que vio Julián, no quedara plasmado en un informe de policía que redactó Elver.

Afirma la Fiscal que contrario a lo que creen la Defensa y la Judicatura, no todo lo que pase en un hecho tiene que quedar en un informe porque si así fuera, estos serían interminables. Son detalles que pueden recordar cuando van a declarar porque se les pregunta, en extenso, circunstancias y detalles que salen de sus propios dichos, o de los dichos de otros. Tampoco es que José Julián se descargue en Villadiego porque fue este último el que realizó o redactó el informe. Pero ambos hicieron un procedimiento y se repartieron las tareas, tanto es así que no hubo ni tacha de testimonio de falso, ni siquiera impugnación de credibilidad a estos testigos.

Para la Fiscalía sus testigos sí son claros. Elver Villadiego refiere que observaron a un ciudadano con las mismas características que les dio el informante, que estaba de espaldas, ofrecía con la mano tendida un elemento, a las personas que bajaban al Metrocable, que el procesado vio a los policiales y quiso correr, pero no pudo porque el piso estaba mojado, y lo cogieron. Julián lo abordó y le practicó un registro, dijo Elver que Julián en el bolso terciado del procesado halló (para hacer referencia a unas manos libres) 106 bolsitas con la sustancia, mismas que estaban separadas en 21 bolsitas de papel rosado, 51 bolsitas que tienen papel azul, 34 bolsitas de papel amarillo. También refiere que tenía 24 bolsitas transparentes, que también estaban dosificadas con diferentes logos (7 en papel blanco, 10 con logotipo de calaveras y 7 en otras bolsitas). Sobre esta dosificación dijo que los delincuentes que operan en ese sector diferencian mucho su producto, por eso el testigo dice que infiere que esta dosificación es para diferenciarla de otras plazas de vicio. Terminó diciendo que, aunque no tenía el punto de las escalas del Metrocable donde estaba el procesado el día de su captura, referenciado como de venta de estupefacientes, sí había visto al procesado en otro punto, en un punto de La Avanzada, al lado del colegio de la carrera 23 # 106BB, lo han intentado intervenir, pero el procesado sale corriendo, porque es un punto que sí ha sido reconocido por vender estupefacientes.

Arguye la censora que desafortunadamente cuando preguntó al testigo si conocía que el procesado fuera o no vendedor de estupefacientes, la Judicatura no permito la pregunta pues el Juez considera que solo a los testigos se les pregunta por lo que vieron y no permitió preguntas que ayudaran a esclarecer la actividad del procesado, o si es o no traficante de drogas. Elver siempre fue claro y lo dijo más de tres veces, que su compañero Julián fue el que registró al

procesado. También fue claro en que el bolso en el que iba la droga solo llevaba la sustancia, aunque no recordaba qué más tenía consigo el procesado. Este testigo lleva dos años en el sector donde capturó al acusado y es conocedor del mismo. Afirma que sus preguntas en torno a si los testigos sabían si el procesado se dedicaba a actividades ilícitas no vulneran el derecho penal de acto, ni sugieren las respuestas.

Aunque para el *a quo* parece que el otro testigo José Julián dijo cosas contradictorias, para la Fiscal sus testimonios no son disimiles, este dijo que con la información de la persona que les indica que en las escalas del metro hay una persona vendiendo drogas, ellos van y vieron a un ciudadano con algo en la mano, ofreciendo. Cuando el ciudadano ve a la policía, corre, casi se cae, José Julián lo coge y lo requisa, que sí le halló en la mano una bolsita transparente hermética que tenía sustancia rocosa, similar a la base de coca.

Dijo igualmente que esa sustancia, como era evidencia, se juntó con la otra sustancia que el procesado tenía en el pecho. Arguye la recurrente que no es entonces como lo plasma la sentencia que de la declaración de Villadiego se tiene que no existió esa dosis en la mano de Misas Taborda, él nunca dijo eso, por el contrario, dice que el acusado ofrecía algo, un elemento, mismo que cuando José Julián lo requisa se da cuenta que es una dosis de droga similar a las que tiene en su bolso manos libres. No es entonces que estén manifestando diversas situaciones.

Ambos testigos coinciden en que José Julián fue el que requisó al procesado, por eso es que él sí ve la dosis en la mano de Misas Taborda. Ahora, frente al ofrecimiento de estupefacientes que la Fiscalía le atribuye a Diego Alexander Misa Taborda, dice el Juez que no tiene firmeza suficiente, a lo que acota la recurrente que es cierto que los policiales no escucharon ese ofrecimiento, pero es algo que sí se puede deducir del comportamiento del procesado, pues estaba de espaldas a los agentes de policía, no los ve y por tanto sigue haciendo la actividad que está haciendo, parado, con una mano estirada dirigida hacia personas que caminan al metro, en su mano tiene un objeto, alguien pasa y ve a Misas Taborda con la mano estirada pero cuando esa persona está casi de frente a él, ve a la policía y asume una actitud de ignorar a quien le estira la mano, a esto hay que sumarle que entre la información recibida por los policiales

y su verificación transcurrieron 6 o 7 minutos, lo que significa que el procesado además estuvo un tiempo, que no es el del transeúnte, en el mismo sitio en el que fue visto con la droga. Cuando el acusado ve a la policía intenta correr, se cae, Julián lo coge, lo requisa y ve que un su mano tiene una dosis de droga similar a la que tiene en un bolso manos libres. En ese bolso no tenía ni confites, ni chicles, ningún dulce, ni ningún otro elemento.

Consecuente con lo anterior, para la Fiscalía sí es claro que el procesado ofrecía drogas a los transeúntes que a las 6:25 de la mañana van a abordar el Metrocable. Para la Fiscalía sí es una información que indica que, aunque los policiales no escucharon ofrecer nada, es indicativo que la actividad del procesado no era otra que ofrecer drogas, el hecho que no escucharan que a los transeúntes se les pusiera de presente la presunta mercancía que comercializaba, es factible porque es un ilícito, porque él conoce de lo ilegal de su comportamiento y por eso buscan que su comportamiento se haga a hurtadillas. Es verdad que no encontraron dinero, pero no es un hecho que descalifique las atestaciones de los testigos, aunado a que, de la declaración del testigo de la Defensa, Hernán Salazar, refirió que dentro de sus labores investigativas estableció que al procesado lo capturó la policía en la madrugada del 23 de julio de 2020, que no anotaron los datos del informante, pero considera la Fiscal un poco exagerado que un policía, cuando recibe una información que debe verificar, se gaste tiempo en preguntar a ese informante que le refiere el dato por confirmar, por sus generales de ley, no solo porque la ciudadanía no tiene la cultura de dar sus datos cuando refiere un hecho delictivo a las autoridades, sino porque no sería oportuna la intervención del policial en muchos casos si se toma tiempo para este tipo de vicisitudes, datos que seguramente un porcentaje muy alto de ciudadanos colombianos no darán.

Pese a lo anterior refirió el testigo Elver que ellos llegan al sitio y esperan unos dos o tres minutos y es cuando ven al procesado estirar la mano, entonces ellos sí vieron y les consta que Misas Taborda no era un transeúnte del sector, que sí estaba parado, con drogas, dosificadas, ofreciendo de la misma que tenía en el bolso a transeúntes del lugar.

Refiere la Judicatura como un hecho que resta credibilidad a los testigos de la Fiscalía el que los policiales no anotaron en el libro de población la captura, pero

este es un hecho que, en criterio de la Fiscalía, no mengua sus aseveraciones, pues de los dichos de los policías se tiene que trabajaron de noche, iniciaron turno a las 9 de la noche y terminaban a las 6:45 de la mañana, conocieron el caso por el informante a las 6.15 de la mañana, hicieron la captura a las 6.25, llegaron a la URI a las 07.38 que es la hora en la que les asignan SPOA, sin embargo, terminaron todo lo referido al caso en URI, informe de policía, embalar, rotular evidencia, reseña del detenido, aproximadamente a las 11.00 de la mañana, de un día en el que ya deberían estar descansando desde las 6.45 de la mañana, hora en que terminaban turno, luego no encuentra la Fiscalía esa urgencia de que tuvieran que salir de la Fiscalía, ya en horas de descanso a registrar un hecho en un libro de la policía cuando, no solamente es una obligación administrativa, sino que la policía sí estaba enterada que había un capturado, porque los mismos testigos refirieron como sí informaron y como consecuencia de ello les llegó un carro, con otros uniformados para trasladar a Misas Taborda a la URI.

En cuanto a que no llamaron al 123, porque no aparece en la infinidad de llamadas que cruzaron por el 123, en aporte que hizo la Defensa, considera la recurrente que es un error de la Judicatura creer que cada que hay una captura, la central del 123 debe recibir información, no es así, tanto que los policiales estaban en motocicleta, y sí llego un carro con otros uniformados a llevar el detenido, luego esto es indicativo de que ellos sí llamaron a reportar su captura, a pedir apoyo o a pedir carro y que la llamada o no cruzó por el 123, o no se entiende la misma porque las llamadas que por allí cruzan los policiales tienen códigos.

Ahora, la sentencia no desconoce la captura, de hecho, a Misas Taborda lo llevaron a audiencias, el mismo testigo de la Defensa Hernán Salazar, refirió que, por conversaciones con el procesado, y con los padres de éste, sabe que a Misas Taborda sí lo capturaron. Repárese en que en la búsqueda de información que hizo el investigador de la Defensa, dijo que no logró corroborar ni desmentir lo plasmado en el informe de policía. Luego entonces, mal hace la Judicatura en desmentir los dichos de los testigos, que el propio investigador de la Defensa afirmó no hacerlo porque no halló evidencia para ello.

En conclusión, solicita la Fiscal se revoque la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado de primera instancia y se emita sentencia condenatoria, toda vez que sí se probó en juicio la existencia del hecho tanto el ofrecimiento como el llevar consigo estupefacientes con destino a otras personas, y la responsabilidad del acusado en los mismos.

3.4. Pronunciamiento de la Defensa como sujeto procesal no recurrente.

Considera que de los argumentos esbozados por la delegada de la Fiscalía se desprende el desconocimiento absoluto y la confusión de los postulados básicos de la teoría del delito, al igual que de los planteamientos que al respecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, que podría decirse es una discusión pacifica en torno a la verificación del ingrediente subjetivo, esto es, la finalidad de distribución o comercialización que demanda el verbo alternativo “llevar consigo”, mismos que no puede considerarse, como erradamente lo hace la fiscalía, como una “carga diabólica”, pues, si la Fiscalía investiga, como es su obligación, podría arribar a la vista pública pruebas que sí demuestren dicha finalidad, y no quedarse únicamente, como siempre lo hacen, con los insuficientes elementos probatorios que se realizan en actos urgentes.

Por otro lado, arguye que la motivación del recurso, a más de ser argumentos totalmente especulativos, por no decir otra cosa, no están respaldados en ninguna prueba, pues no fueron debatidos ni probados con los únicos dos testigos que llevó a juicio, ya que lo único que busca la Fiscal con sus planteamientos es tratar de justificar las contradicciones de los dos policías, las falencias investigativas, los graves errores en el procedimiento, y las mentiras graves que ambos expresaron en sus declaraciones. Contrario a lo expresado por la Fiscalía, no se está en presencia de simples contradicciones, sino de mentiras groseras de los dos agentes de policía, que bajo ninguna circunstancia se pueden pasar por alto o hacerlos ver, como a lo largo del escrito de apelación lo hizo la Fiscal, como simples olvidos o que por el cansancio de los policías por el turno de la noche lo dejaron de hacer, o no se consignó en el informe de captura en flagrancia porque no todo tiene que estar allí consignado, pues de haber analizado completamente los dichos de los policías, como sí lo hizo el Juez de primera instancia y no extraer aseveraciones de manera aislada como lo hizo la Fiscalía, o ponerle a decir a los testigos cosas que no dijeron, como igualmente

lo hizo la Fiscalía, ni siquiera hubiese solicitado sentencia condenatoria, y mucho menos, hubiera apelado la decisión de absolución.

Ese análisis realizado por la recurrente, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, conlleva a una violación directa del artículo 376 del Código Penal, en la medida en que no se probó por parte de la Fiscalía, que la finalidad fuera la distribución, o como lo expresa ella "*ponerla en manos de terceras personas*", se quedó solo en especulaciones, pues, lo único que llevó al proceso y que realmente puede ser analizado, es la declaración de los agentes captores, pero los mismos no pueden ser valorados de manera concluyente, pues lo depuesto fueron opiniones cargadas de subjetividad y especulación, y reitera, no se pueden valorar opiniones sino los hechos, siendo claro que con ellos no se logró ese cometido.

Expresa la recurrente que, "*la Fiscalía les concede entera credibilidad a sus dichos, pues sus dichos, contrario a lo afirmado por la Judicatura, surgen como espontáneos, circunstanciados, responsivos y coherente*", pero no es la Fiscalía a quien le compete concederle credibilidad a los testigos, pues evidentemente lo que para ella es digno de total credibilidad, para el Juez de primera instancia como acertadamente lo expresó, no lo fue, y ello por cuanto sus declaraciones están llenas de contradicciones y mentiras, mismas que no pueden pasarse por alto porque si lo que demuestra que efectivamente el procesado estaba ofreciendo sustancia estupefaciente es que le hallaron en la mano una papeleta con sustancia, no tiene sentido que uno vea la papeleta y otro no, no es cierto como lo dice la Fiscal que sea lógico que los testigos no vean lo mismo, es que se trata de dos policías que se suponía se quedaron en el sector más de 2 o 3 minutos, observando supuestamente como este ciudadano ofrecía a todos los que bajaban por las escalas del metro, sustancia estupefaciente y que esa sustancia la tenía en la mano, en ese momento ambos lo tuvieron que haber visto, porque en ese momento, ambos estaban haciendo lo mismo, mirando al sujeto de espaldas. Tampoco se trata de que los funcionarios en el procedimiento de captura, uno hace una cosa como es registrar y el otro prestar vigilancia, porque ambos dijeron que se quedaron viendo lo que este ciudadano hacía de espaldas a ellos, si uno vio que lo que ofrecía era una papeleta con sustancia estupefaciente que tenía en la mano, el otro también lo tuvo que haber visto, si

no es así, cómo pretender que ello sí sucedió de ese modo, y cómo darle total credibilidad a ello.

Aunado a lo anterior, está el hecho de que esa situación tan relevante e importante, no la consignaron en el informe de captura en flagrancia, siendo evidente que se trata de una situación de adición del testimonio, completamente relevante pero que ellos no consignaron en el informe, no es cierto, como lo dice la señora Fiscal, que el Juez erró en la argumentación, pues a preguntas realizadas en contrainterrogatorio, quedó totalmente demostrado, y por los mismos agentes de policía, que absolutamente todo lo que pasa en el procedimiento de captura tiene que quedar plasmado en el informe, siendo esta una obligación que se debe cumplir, y ambos policías así lo expresaron, que todo lo que pasa en los procedimientos de captura tiene que quedar registrado, y es que aquí no se está hablando de situaciones irrelevantes que deben consignar, se trata de un hecho trascendental y es hallar en la mano del aprehendido una sustancia estupefaciente que estaba ofreciendo, que si de haber sido cierto que pasó, lo tenían que consignar en el informe de captura y ello es así no por capricho, es porque toda la actividad de la Policía Nacional de Colombia, se encuentra regulada en varias Resoluciones que se materializan en Reglamentos y Manuales, tal y como lo expresó el investigador de la Defensa Hernán Elías Salazar.

Consignar esa situación trascendente no hubiera hecho el informe de captura interminable, como lo expresa la Fiscalía, pero sí hubiera servido para respaldar lo dicho en audiencia por el patrullero Julián Patiño, y evitar así que se sorprenda a la Defensa con aseveraciones que solo se vienen a conocer en la audiencia de juicio oral y que, por demás, solo fue vista por él. Por tanto, considera que el Juez de primera instancia acertó en restarle credibilidad a los dichos de los policías, pues evidentemente son contradictorios en un punto trascendental para resolver el caso, y es el supuesto hallazgo de la sustancia estupefaciente en la mano del procesado.

Otro punto que toca la Fiscal es que Elver lleva dos años en el sector donde capturó al acusado y es conocedor del mismo pero que el Juez no le permitió preguntas al respecto. Arguye la Defensa que exigir por parte del Juez que se sigan las reglas del interrogatorio y no hacer preguntas sugestivas, no es

cercenar el derecho a preguntar, es que si la Fiscal no tuvo la técnica para interrogar y hacía preguntas sugestivas, evidentemente no se podía permitir que las hiciera.

Pero, la situación no se queda solamente en no tener la técnica para preguntar, es que, en este punto, también se contradijeron los policías, lo que la recurrente tampoco tuvo en cuenta, pero que afortunadamente el *a quo* si, pues solo Elver hizo referencia a que Diego Alexander se encontraba en un lugar que se tenía referenciado como de venta de drogas, tampoco dijo, como lo afirma la Fiscalía, que hubiera dicho que Diego sí vendía sustancias estupefacientes. Elver Villadiego afirmó todo lo contrario, pero de sus dichos la Fiscalía toma únicamente lo que le conviene y lo que es más grave, tergiversándolo. Arguye que de la declaración de este policía no se puede extraer que Diego Misas se dedicara a vender estupefacientes porque él lo ha visto, como lo quiso dar a entender la Fiscal, él dijo que el punto donde lo veían estaba referenciado como de venta de estupefacientes, pero tampoco afirmó que viera al acusado vendiendo.

Por último, expresa la Fiscalía que el no haber registrado en los libros de población el procedimiento de captura, ni haberlo reportado por vía radial, no les resta credibilidad a los dichos de sus testigos como lo hizo la Judicatura, y trata la Fiscal de justificar esas graves omisiones de los agentes captores diciendo, palabras más palabras menos, que porque estaban cansados por el turno de la noche y la hora en la que lo terminaron, nada más errado y totalmente desconocedor de las obligaciones de los policías en reportar y dejar todo por escrito, lo que obviamente, les debe restar credibilidad.

Para la Defensa queda claro que ambos afirmaron que sí reportaron a la central la captura del ciudadano vía radio y que lo registraron en los libros de población, lo cual es totalmente falso pues con el testimonio del investigador de la Defensa y los documentos que se aportaron como prueba, se dejó claro que ni reportaron en el canal de radio, porque no quedó registrado en los audios que le entregaron al investigador y que él analizó detenidamente, y en el libro de población no lo registraron porque así también respondió el Teniente Fax Lloel Pereira Vásquez, y al que hizo referencia el investigador en su declaración. Es claro que ambos agentes mintieron en su declaración y esto no es solo situaciones

administrativas, son exigencias que permiten respaldar que los procedimientos se realizan con cumplimento de las normas y transparencia y es por eso que así se les exige.

Se pregunta la defensora entonces cómo darles credibilidad a sus dichos, con las contradicciones en un hecho vital como el hallazgo de la sustancia en la mano, o que reportaron el procedimiento y lo registraron en el libro de población cuando no fue así, todo eso lo analizó de manera acertada el *a quo*. Los hallazgos que realizó la Defensa en su labor investigativa demuestran que no se está en presencia de ninguna carga diabólica como erradamente lo expresa la Fiscalía, pues si el Ente Acusador hubiera investigado algo, si hubiera desplegado una labor investigativa completa, hubiera tenido material probatorio para tomar la decisión de no adelantar un proceso sin respaldo probatorio, evitando desgastes innecesarios. La carga de probar la tiene la Fiscalía, pero en la mayoría de los casos, no despliegan una labor diferente para investigar y solo se quedan con lo recolectado en actos urgentes.

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 2004[1].

4.2. Problema jurídico.

Enfrenta la Sala un problema jurídico de carácter probatorio consistente en determinar si la prueba que desfiló en el juicio oral resulta idónea para soportar un fallo condenatorio o si es insuficiente para llegar a esa conclusión, tal y como lo sostiene la sentencia de primera instancia.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

[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).

4.3.1. No se discutió que hubiese existido un procedimiento de captura en contra de Diego Alexander Misas Taborda en las primeras horas de la mañana del 23 de julio de 2020, la discusión en concreto se genera en ciertos aspectos que, vistos de manera superficial pueden parecer irrelevantes –como lo sostiene la Fiscal apelante- pero que en realidad resultan sumamente trascendentes a efectos de entender el contexto en el que se dieron los hechos y la conducta que le es atribuida al acusado Diego Alexander Misas Taborda. Advirtiendo desde ya esta Sala que las críticas de la apelante son insustanciales y no tienen la capacidad de atacar el análisis juicioso y detallado que realizó el Juez de primera instancia que lo llevó a absolver al procesado.

Lo anterior bajo el entendido de que la sistemática procesal penal de carácter acusatorio mantiene durante todo el trámite la presunción de inocencia del procesado, por lo que corresponde al titular de la pretensión punitiva desvirtuarla, probando, más allá de duda razonable, los extremos objetivos y subjetivos de la imputación, esto es, la autoría y responsabilidad del acusado. La exigencia legal establece un baremo muy alto que exige pruebas de incontrovertible solidez y firmeza para poder proferir sentencia condenatoria con el fin de prevenir la posibilidad de condenar a un inocente.

4.3.2. Como se estipuló la plena identidad del procesado y la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada, la Fiscalía solo practicó en juicio dos pruebas testimoniales correspondientes a los servidores de policía que realizaron el procedimiento de captura, procedimiento que, valga decirlo, se advierte ambiguo y confuso, incluso desde la manifestación primigenia de que un individuo les indicó a los agentes de policía que había alguien en las escalas del Metrocable vendiendo droga, ofreciéndola a los transeúntes. Ese dicho llama poderosamente la atención de esta Sala pues el mismo, consideramos, escapa de toda lógica y atenta contra las reglas de la experiencia, en tanto se colige absurdo que una persona cargada con sustancias estupefacientes, en las primeras horas del día y cuando apenas va a arrancar la jornada laboral, es decir, en plena hora pico matinal, se ubique en un punto de tanta afluencia de gente –no solo civiles sino también policías- a ofrecer sustancias prohibidas, como si fueran golosinas. Más aun, extendiendo sus manos –según los dichos de los agentes captores-, y exhibiendo incluso en una de sus manos –según lo manifestado solo por uno de los captores- una de las dosis que vendía.

Realmente el antedicho escenario riñe con lo racional, porque en la práctica las sustancias estupefacientes no se ofrecen de esa forma, ni siquiera en las llamadas plazas de vicio, ni mucho menos ante tanta gente; la venta de sustancias prohibidas suele ocurrir al amparo del sigilo y con la mayor cautela posible.

Pero a tan fantasioso escenario, se suma un hecho que también refulge extraño y es el que los agentes de policía, una vez identificaron al sujeto que supuestamente les habían señalado, no hayan esperado a que el paso de unos minutos les hubiese permitido verificar y escuchar la actividad ilícita que, según se dijo, estaba realizando Diego Alexander Misas Taborda. Los agentes dicen que lo vieron de espaldas, en efecto, estirando la mano como ofreciéndole algo a un individuo que bajaba las escalas en ese preciso momento, pero, aunque el supuesto vendedor de estupefacientes no estaba advertido de que a sus espaldas tenía a dos agentes de policía, dicen estos agentes que no lograron oír lo que le manifestaba el procesado al transeúnte que bajaba y que sí se percató de la presencia de ellos, como para determinar qué era lo que ofrecía; solo pudieron verificarlo cuando abordaron al desprevenido vendedor.

Para esta Sala, al igual que para la primera instancia, la credibilidad de los agentes captores esta mermada por la falta de veracidad en sus dichos pues, aunque la delegada de la Fiscalía se esfuerza en hacer ver como un asunto intrascendente el que le hayan visto o no una bolsa con estupefaciente en la mano, esta situación surge completamente relevante pues, a la falta de sensatez respecto al desarrollo de la situación fáctica puesta de presente, se le suman las contradicciones de los agentes captores que, inevitablemente siembran duda en el operador judicial, misma que se impone resolver en favor del procesado.

El patrullero José Julián Patiño Sarmiento, aunque requisó al capturado no fue el que realizó el informe de captura –pues lo hizo su compañero Elver Rafael Villadiego Torres-, pero según dijo sí lo leyó, luego cómo no le va a parecer de total relevancia que en el mismo se anote que lo que ratifica el ofrecimiento de los estupefacientes a los transeúntes es precisamente el hecho de que el aprehendido tuviese una bolsa con una dosis de cocaína en su mano. Por el contrario Villadiego Torres afirmó que toda la sustancia que portaba Misas

Taborda estaba en el bolso que llevaba consigo, no dio cuenta de que tuviese absolutamente nada en sus manos, ni mucho menos que su compañero de patrulla le hubiese dado esta importante información.

Lo anterior deviene problemáticamente relevante si se tiene en cuenta además que el testigo de la Defensa, el investigador Hernán Salazar, dio cuenta de las labores investigativas adelantadas por él para establecer la forma como se desarrolló el procedimiento de captura, acreditando que del mismo no quedó reporte distinto al informe de captura, pese a que el deber ser es que se anoten estas importantes novedades en el libro de población, ni mucho menos se logra explicación al hecho de que no hubiese grabación sobre la novedad de la captura del procesado. Sin embargo, ambos testigos de cargos afirmaron en juicio, bajo la gravedad del juramento y el deber ético que como funcionarios públicos tienen de decir la verdad, que sí habían realizado estas anotaciones, lo cual se probó no ser cierto.

Al igual que para el a *quo*, del relato suministrado por los agentes de policía le surgen a esta Sala varias dudas sobre el desarrollo de la actuación pues, la actividad desplegada por el capturado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar por ellos referidas no se observan claras, coherentes, ni contestes y ello impide arribar al conocimiento más allá de toda duda que demanda el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal a efectos de proferir condena.

No se probaron los hechos jurídicamente relevantes, ni que esas sustancias en efecto las llevara consigo el acusado, o que las estuviera ofreciendo a terceros como si fueran cajas de chicles a las afueras de una estación del metro, los testigos de la Fiscalía no son veraces y, ante las contradicciones –que no son intrascendentes como lo considera la recurrente- su valor suasorio denota menguado pues ciertamente de sus deponencias lo que se concluye es o que omitió información o que exageraron otra y, a decir verdad, la forma en como se dice que adelantaron el procedimiento de captura deja mucho que desear sobre el profesionalismo de estos dos agentes de policía.

Así las cosas, consideramos que lo único que se probó fue que el 23 de julio de 2020 se capturó a Diego Alexander Misas Taborda y que, con él, se puso a disposición de la autoridad competente 37.7 gramos de cocaína y 91.2 gramos

de marihuana; para esta Sala la Fiscalía no logró establecer sin lugar a alguna duda razonable que esa sustancia la llevara consigo el capturado ni mucho menos que la estuviera ofreciendo a terceras personas pues, los testigos con los que pretendió sustentar una condena son contradictorios, surgiendo de ese modo una duda razonable respecto a si lo que se incautó en aquella ocasión era efectivamente del hoy procesado.

4.3.3. La Fiscalía General de la Nación tenía la carga de probar la autoría y responsabilidad penal del acusado, tenía el deber de desvirtuar la presunción de inocencia que lo cobija, pero no lo hizo, no logró derruir esa presunción de inocencia de Misas Taborda con las pruebas que practicó en la audiencia del juicio oral, en tanto iteramos, no es dable predicar que lo incautado lo estuviera ofreciendo o lo llevara consigo con fines de venta, por lo que a luz del principio del *in dubio pro reo* considera esta Sala acertada la conclusión a la que llegó el Juez de primera instancia pues lo imperioso era la absolución en favor del procesado y, en consecuencia, se impone confirmar la sentencia de primer grado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, **SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia del 4 de marzo de 2022 por medio de la cual el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín absolvió a Diego Alexander Misas Taborda del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

(En permiso concedido por la Presidencia del Tribunal Superior de Medellín)
HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **63ad3c12d17d28bb540595dd289364b505cd2e967408b4f09512bbfacd018bdc**
Documento generado en 07/06/2024 03:23:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica