

Proceso: 050016000206 **2021-11511**  
Delito: Tráfico de estupefacientes  
Condenado: Javier Omar Durán Rojas  
Procedencia: Juzgado 7º Penal del Circuito de Medellín  
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria  
Decisión: Confirma  
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez  
Sentencia No: 043-2022

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR**

Medellin

**SALA DÉCIMO TERCERA DE DECISIÓN PENAL**

**Medellín, quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022)**

**Proyecto aprobado según Acta No. 151**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Javier Omar Durán Rojas**, en contra de la sentencia proferida el 9 de agosto del año en curso por el Juzgado 7º Penal del Circuito de Medellín por medio de la cual se le condenó como autor penalmente responsable del delito de Tráfico de estupefacientes.

**1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:**

Los primeros fueron descritos por la *a quo* en los siguientes términos:

*“... tuvieron ocurrencia el 17 de julio de 2021, siendo las 9:25 horas aproximadamente, en la carrera 35 con calle 70 barrio Manrique de*

*Medellín, sector en el cual se expende sustancia estupefaciente, cuando Javier Omar Durán Rojas, llevaba consigo, con destino a terceras personas, sustancia estupefaciente cocaína con un peso neto de 35,9 gramos y estaba dosificada en 255 papeletas blancas con la sustancia y 77 papeletas color rosado con la sustancia y marihuana con un peso neto de 97 gramos y estaba dosificada en 50 cigarrillos con la sustancia”.(sic)*

El 18 de julio de 2021, el Juzgado 9 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de la captura y formulación de imputación por el delito de Tráfico de estupefacientes agravado de que trata el artículo 376 inciso segundo del C.P. bajo el verbo rector de llevar consigo con fines de distribución y venta. El ciudadano Durán Rojas decidió no aceptar los cargos.

El 25 de octubre de 2021, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado 7 Penal del Circuito de Medellín, en los mismos términos de la imputación.

La audiencia preparatoria se realizó el 8 de febrero de 2022 y una vez realizado el juicio oral, la *a quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que condenó al acusado como responsable de la ejecución, a título de autor, del delito por el cual se convocó a juicio criminal. En ella se impusieron a Durán Rojas las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de 2 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensora recurrió en apelación el fallo.

## **2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA**

Luego de precisar que las partes estipularon la plena identidad del acusado y la calidad y cantidad de las sustancias incautadas, destacó la declaración del uniformado Juan José Espitia Cárdenas, quien relató las circunstancias en que se dio la captura del acusado, justo en instantes en que el testigo y su compañero de patrulla de apellido Núñez, en cumplimiento de labores de patrullaje en el sector, lo observaron, tirar una bolsa plástica que llevaba consigo, al interior de la cual encontraron la sustancia estupefaciente. Además, señaló al acusado como uno de los sujetos que, en el sector, en el que es común la venta de ese tipo de sustancias, se ubicaba estratégicamente con el fin de alertar a los demás vendedores sobre la presencia de la policía, que lo vio desplegando esa acción en varias oportunidades. Dijo que la sustancia hallada en poder del acusado era de la misma naturaleza de la que se expendía allí. Agregó desconocer si el acusado es consumidor o no y que el día de la captura no observó que estuviera vendiendo. Mencionó también que el sitio donde estaba el acusado resulta estratégico pues le permite advertir la presencia de la policía desde tres lugares distintos.

Consideró la falladora que esta declaración fue corroborada en su integridad por el otro uniformado, Jorge Enrique Núñez Guzmán.

Destacó la experiencia de los declarantes, que les permite conocer el sector de la ciudad en que se produjo la aprehensión, así como la actividad que se lleva a cabo allí. Acerca de la razón por la cual no plasmaron en el informe de captura en flagrancia el hecho de haber visto antes al acusado cumpliendo funciones de campanero de los expendedores, dio crédito a la explicación por los uniformados ofrecida en el sentido de que esa circunstancia ninguna incidencia había tenido en el procedimiento de captura realizado ese día.

También otorgó relevancia a la forma en que el acusado llevaba consigo la sustancia estupefaciente, esto es, debidamente dosificada en un número importante de unidades, almacenamiento propio de la actividad de venta. Descalificó la tesis que sugiere como destino final de aquella el propio consumo por parte del acusado, pues se trata de la misma sustancia que se expendía en el

lugar. Adicionalmente, puso de presente la cantidad de la sustancia unida al lugar de la captura.

Resaltó la ausencia del acusado en el juicio, que le impidió a la defensa demostrar una condición de adicto.

Con fundamento en lo anterior decidió condenar al acusado Javier Omar Durán Rojas.

### **3. DEL RECURSO**

La defensora pública de Durán Rojas 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 para que en su lugar se absuelva a su representado. Sus argumentos pueden sintetizarse como sigue:

Calificó de especulativa la afirmación del patrullero Juan José Espitia Cárdenas, en el sentido de que había observado al acusado cumpliendo la función de alertar a los vendedores de sustancias estupefacientes acerca de la presencia de las policías en el sector. Fundó su conclusión en que los patrulleros no incluyeron esa situación en su informe. En su opinión, se tildó a su cliente de vendedor sin ningún respaldo probatorio. También destacó la presencia de compradores en los lugares que se conocen como de expendio de sustancias. Dijo que el juez desconoció que el acusado vive cerca del lugar. Calificó como lógico el que un consumidor lleve consigo sustancia de la que se expende en el lugar. Así mismo destacó que quien compra estupefacientes lo hace por dosis, de allí que no es extraño que la lleve dosificada. Tampoco es extraño que un consumidor frecuente lugares en que se expende el tipo de sustancia que consume.

Finalmente recordó que la Corte Suprema de Justicia exige que se demuestre efectivamente que la sustancia tiene como destino uno diferente al propio

consumo por parte de quien la porta, elemento de la tipicidad que no se demostró en el presente asunto.

Solicitó al Tribunal dar aplicación al principio constitucional de *in dubio pro reo*.

## 5. CONSIDERACIONES

5.1 Es competente la Sala 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.

5.2 Ha de recordarse el carácter restrictivo de la competencia de la segunda instancia que obliga al fallador a limitar su análisis al tema objeto de disenso.

5.3 No observa el Tribunal irregularidad alguna que afecte la validez de la actuación.

5.4 El problema jurídico planteado por el censor es de naturaleza probatoria, pues se restringe a establecer si se acreditó o no la existencia de la conducta y la responsabilidad del acusado.

5.5 Planteada de esta manera la discusión, el Tribunal partirá por realizar unas breves reflexiones de orden teórico en punto de la consagración legal del delito recogido en el artículo 376 del C. Penal inciso segundo, con la modificación introducida por el canon 11 de la Ley 1453/11. El dispositivo en comento es del siguiente tenor:

“ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.<sup>1</sup> El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o

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

**Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”** (Negrilla nuestra).

Acerca de las características del tipo penal bajo examen la Corte ha sintetizado su criterio en los siguientes términos:

*“... es infracción de simple conducta en cuanto su consumación no demanda la producción de un determinado resultado, que es además delito de peligro en la medida en que se perfecciona sin necesidad de producir un efectivo menoscabo de la salubridad, bien jurídico que en su represión se tutela y por lo general instantáneo porque al menos en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción; pero ante todo, es de resaltar que se trata aquí es de uno de los llamados delitos compuestos alternativos porque integrado con varios verbos rectores, cada uno de los cuales configura la conducta que realiza de manera autónoma e independiente, configura hecho punible, al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas ya se está consumando el delito en su totalidad”<sup>2</sup>.*

De manera que se presume que quien realiza cualquiera de las conductas descritas en el precitado artículo 376 del Estatuto Represor, afecta o pone en peligro los bienes jurídicos mencionados haciéndose merecedor de la respectiva sanción penal.

*“... el legislador consagró de manera alternativa las posibles modalidades de comportamiento que podría desarrollar el sujeto agente, las cuales son: (i) introduzca, (ii) saque, (iii) transporte, (iv) lleve consigo, (v) almacene, (vi) conserve, (vii) elabore, (viii) venda, (ix) ofrezca, (x) adquiera, (xi) financie y (xii)*

---

<sup>2</sup> CSJ, SP. Sentencia del 29 de octubre del 2001, radicado 15.570, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

*suministre; lo cual implica que con la sola selección de uno de ellos se podría predicar ejecutado o consumado el comportamiento jurídico penalmente desaprobado.*”<sup>3</sup>

Pertinente es agregar que el tipo penal en comento resulta satisfecho con cualquier acción constitutiva de tráfico, aislada o no, siempre que contribuya a la difusión de la droga; no se requiere entonces que dicha conducta sea repetitiva, consuetudinaria, o de naturaleza comercial, esto último entendido como el usual ejercicio de dicha actividad.

Es claro además que la evolución jurisprudencial y legislativa ha marcado un cambio de paradigma en relación con el objeto de prohibición penal contenido en el art. 376 del Estatuto Represor, en el sentido de ir despenalizando las conductas dirigidas exclusivamente al consumo de la definida legalmente como dosis personal (llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir), diferenciándolas de aquellas conductas de distribución gratuita u onerosa, las cuales, sin consideración a la cantidad, ameritan su penalización como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines, mientras que las primeras acarrearían como consecuencia jurídica la imposición de medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, siempre bajo el consentimiento informado del consumidor ocasional, recreativo o adicto<sup>4</sup>, en tanto las segundas son merecedoras de la más drástica respuesta del Estado, esto es, aquella que nace desde la legislación y el derecho penal.

En la dirección en que se discurre, en cuanto a la presunción de peligro inmersa en el tipo, la jurisprudencia de la Corte ha entendido también que dejó de ser una presunción *iuris et de iure*, irrefutable, para pasar a ser *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Esto ha sostenido esa Corporación:

---

<sup>3</sup> CSJ, SP3412-2020, Rdo. 54367 (aprobado acta No 195 del 16 de septiembre de 2020), M. P. Gerson Chaverra Castro.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-574 y C-882 de 2011.

*Sobre los delitos de peligro abstracto, como el porte de estupefacientes, la Sala de Casación Penal, ha adoptado el criterio según el cual, la presunción de afectación al bien tutelado en este tipo de comportamientos, no puede ser de derecho sino iuris tantum. (CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 41760).*

*En reciente decisión y siguiendo su jurisprudencia, sostuvo la Corporación:*

*«Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y en todos los casos admite prueba en contrario en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta».3*

La Corte incluso fue más allá, pues otorgó prelación al mandato constitucional que impone la carga de la prueba a la fiscalía, para concluir que debe ser precisamente esa entidad la que demuestre que la sustancia portada tiene un destino diferente al propio consumo, con lo cual se puede afirmar que desdibujó por completo la presunción de peligro que consagra el legislador.

### ***Del caso concreto***

5.6 En el presente asunto, el acusado Javier Omar Durán Rojas, fue sorprendido llevando en su poder una bolsa plástica que en su interior contenía 35,9 gramos de cocaína distribuidos en 255 papeletas de color blanco y 77 de color rosado, así como 97 gramos de marihuana distribuidos en 50 cigarrillos. Este es un hecho que ninguna de las partes controvierte.

5.7 La defensa en términos generales no cuestionó el contenido de las pruebas de cargo sino la interpretación y el alcance que les otorgó la *a quo*.

Ahora, aquella prueba está representada por las declaraciones de los patrulleros Juan José Espitia Cárdenas y Jorge Enrique Núñez Guzmán. Lo anterior, en la



medida en que las partes estipularon como hechos probados la plena identidad del acusado y la naturaleza y cantidad de la sustancia hallada en su poder.

El contenido de las referidas declaraciones es a grandes rasgos el mismo. Puede sintetizarse como sigue: Los patrulleros cumplían su labor de vigilancia en el barrio Manrique de esta ciudad, cuando observaron al acusado, quien al percatarse de su presencia allí, se deshizo de una bolsa que traía con él. Los policiales, sin perderlo de vista, lo sometieron a requisa y tomaron la bolsa, encontrándose con las sustancias, en las cantidades y presentación ya descritas. Esa la razón para proceder a la captura de Javier Omar Duran Rojas. Ambos uniformados dijeron que con anterioridad lo habían visto en ese mismo lugar, en el que es común el comercio minorista de drogas y en el que confluyen varios caminos hacia unas escaleras, constituyéndose en lugar privilegiado para avisar a los expendedores de estupefacientes acerca de la presencia de policías en el sector que pueden arribar por tres lugares diferentes. Dijeron precisamente haberlo visto cumpliendo esa específica función, mencionando incluso alguna de las palabras clave que utilizaba el hombre como señal de alerta. Dijeron que lo anterior, no se plasmó en el informe de captura en flagrancia porque no había ocurrido el día de la captura. Agregaron que la sustancia hallada en poder del acusado es de la que venden en el lugar. Finalizaron manifestando desconocer si el hombre aprehendido era consumidor y no haberlo visto vendiendo la sustancia.

5.8 Los reparos que en concreto realizó la recurrente en punto de aquella valoración que de la prueba hizo el *a quo* pueden sintetizarse como sigue:

Calificó de especulativa la afirmación del patrullero Juan José Espitia Cárdenas, en el sentido de que había observado al acusado cumpliendo la función de alertar a los vendedores de sustancias estupefacientes acerca de la presencia de los policías en el sector. Fundó su conclusión en que los patrulleros no incluyeron esa situación en su informe. En su opinión, se tildó a su cliente de vendedor sin ningún respaldo probatorio. También destacó la presencia de compradores en los

lugares que se conocen como de expendio de sustancias. Dijo que el juez desconoció que el acusado vive cerca del lugar. Calificó como lógico el que un consumidor lleve consigo sustancia de la que se expende en ese mismo sitio. Así mismo destacó que quien compra estupefacientes lo hace por dosis, de allí que no es extraño que la lleve en esa presentación. Tampoco es extraño que un consumidor frecuente lugares en que se expende el tipo de sustancias que consume.

5.9 En opinión del Tribunal, la crítica que plantea la inconforme adolece de varias falencias que hacen imposible acogerla. Ellas son:

5.9.1 Se queda corta en la crítica que postula frente a las manifestaciones de los testigos en el sentido de haber observado de manera personal y directa al acusado cumpliendo un rol de coautor en la actividad de expendio de estupefacientes que se ejerce en el sector. En efecto, la califica de especulativa, pero no desarrolla el argumento. Se trata de una prueba directa que no logró ser adecuadamente controvertida por la defensa. La única censura que postuló en esa dirección tiene que ver con que los policiales no plasmaron esa circunstancia en el informe de captura en flagrancia. Sin embargo, al indagar a los testigos por la razón de esa omisión fueron absolutamente claros en señalar que esa situación no se presentó el día de la captura, luego no formaba parte de esa actuación. Para el Tribunal es claro que en el informe de captura se plasman aspectos y circunstancias que rodean la aprehensión, luego, si aquella no ocurrió, no tenían porqué incluirla. El escenario idóneo para referirla era, como en efecto ocurrió, en sede del juicio oral y público durante sus declaraciones, pues se trataba de un hecho o circunstancia de relevancia para la definición de la responsabilidad del para entonces acusado.

Expresado de diferente manera, en opinión del Tribunal no se está ante una omisión. El proceder de los uniformados fue perfectamente correcto. En ese orden de ideas, se está ante un hecho probado: el acusado formaba parte de una estructura dedicada al microtráfico que operaba en el barrio Manrique de esta

ciudad en el sector denominado la Batea. Los esfuerzos de la defensa por desacreditar esa manifestación se quedaron cortos, no por razones a ella imputadas, sino por las circunstancias que rodearon el ejercicio de su rol, caracterizado por la ausencia de su apadrinado, quien no hizo presencia en el juicio.

5.9.2 La defensa dejó de lado un hecho de vital trascendencia: en el juicio no se demostró que su cliente fuera siquiera consumidor de estupefacientes. Si a la fiscalía le corresponde demostrar que la sustancia incautada tenía como destino uno diferente al del propio consumo de quien la llevaba consigo, a la defensa le compete demostrar que su asistido es por lo menos consumidor.

5.9.3 Al ignorar las dos situaciones precedentes, la defensa se limita a analizar aisladamente situaciones que si bien pueden admitir la intelección que ella les otorga, lo cierto es que se queda en un análisis sesgado y por ello inadmisibles. Más claro, resulta aceptable que un consumidor frecuente los lugares de expendio; es común que de ser interceptado por la policía lleve el tipo de sustancia que expenden en el lugar por el que transita; de la misma manera es común que adquiera la sustancia por dosis. Empero, todas estas razones adolecen del presupuesto necesario para tener validez, no otro, que la prueba de que quien transita por el lugar de expendio, con sustancias de las que se expenden en ese sitio y en cantidades debidamente dosificadas sea justamente un consumidor.

Ante la deficiencia acabada de destacar, cabe preguntarse ¿cuáles son los hechos probados en esta actuación? La respuesta es la siguiente: i. Un hombre al que las autoridades han observado cumpliendo algún rol trascendente dentro de un grupo que se dedica al expendio de estupefacientes; ii. Ese mismo hombre llevando consigo sustancia estupefaciente; iii. No cualquier cantidad de sustancia, pues llevaba casi 36 veces la dosis personal de cocaína y casi 5 de marihuana; iv. Esas cantidades dosificadas en 332 dosis de cocaína y 50 cigarrillos de marihuana.

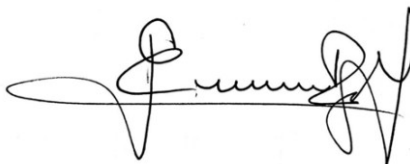
5.10 Así las cosas, los hechos demostrados en el juicio permiten inferir, como lo hizo la juez de primera instancia, que la sustancia que Javier Omar Durán Rojas llevaba en su poder tenía como destino el expendio. Expresado de diferente manera, es dable construir esa inferencia sobre la base de que se probó plenamente que un hombre, del que no se demostró que fuera consumidor de estupefacientes y que sí se probó que tenía relación con un grupo dedicado al expendio de estupefaciente, llevaba consigo 332 dosis de cocaína y 50 cigarrillos de marihuana. En sentido contrario, es incontrastable que con base en esos hechos no pueda concluirse que el hombre poseía la sustancia para su propio consumo. La razón es simple, aunque suene reiterativa: no se probó que fuera consumidor. No hay en la actuación una sola prueba que siquiera sugiera que lo fuera. Contrario a lo que afirmó la *a quo* en su decisión, en este asunto la cantidad de sustancia es relevante. Alguien de quien no se demostró que es consumidor lleva consigo 332 dosis de cocaína y 50 cigarrillos de marihuana la probabilidad de que la distribuya es incontrovertible.

La decisión objeto de alzada será confirmada.

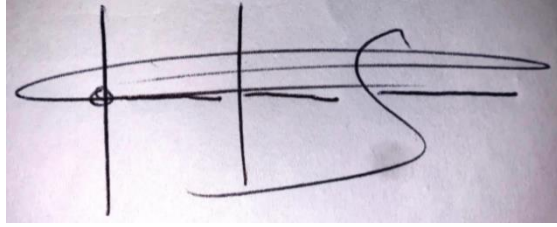
En virtud de lo expuesto, la Sala Décimo Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **RESUELVE: CONFIRMAR** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping horizontal and vertical strokes, appearing to form a stylized 'S' or 'C' shape.

**JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE**  
**MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'N' followed by several smaller, connected strokes.

**NELSON SARAY BOTERO**  
**MAGISTRADO**