**TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / REQUISITOS SENTENCIA DE CONDENA**

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

**TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / COMPLEMENTO SUBJETIVO / DESTINO DEL ALCALOIDE / USO PERSONAL**

… según lo tiene decantado la Sala de Casación Penal, en cada caso debe verificarse de conformidad con las pruebas arrimadas, si quien hubiere sido sorprendido con sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, lo era para su autoabastecimiento como consumidor de esta; o si, por el contrario, lo pretendido es el suministro, expendió o tráfico con fines comerciales. Al respecto se ha plasmado: “No es un asunto de antijuridicidad, entonces, sino de tipicidad, en el que resulta especialmente relevante comprobar el complemento subjetivo tácito –distinto al dolo- concerniente a la finalidad perseguida con las conductas de, verbi gratia, llevar consigo o conservar, y no, en cambio, necesariamente, de la valoración del monto de la sustancia estupefaciente en exceso de la dosis personal legal, a efecto de determinar el injusto típico, pues lo trascendente es establecer el uso al que está destinado el alcaloide”.

**TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / USO DE LA SUSTANCIA / CONSUMO PERSONAL / COMERCIALIZACIÓN / CARGA PROBATORIA**

… la Alta Corporación -CSJ SP, 28 feb. 2018, rad. 50512- reiteró tal postura al indicar que la carga de la prueba le compete al órgano persecutor y no puede ser trasladada al acusado: “En ese sentido, no le correspondía al procesado probar su inocencia, por cuanto ella se presume, razón por la cual, el órgano persecutor de la acción penal debía establecer, además del peso de la sustancia incautada, si esta estaba destinada a ser distribuida a cualquier título, con miras a desvirtuar lo señalado por XXXX al momento de su captura.”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Acta de aprobación No 1011

Segunda instancia

Radicación: 66170600000020180000901

|  |  |
| --- | --- |
| Acusada:  | DFD |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Víctima: | La Salubridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Primero del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía y el Ministerio Público contra el fallo absolutorio de fecha octubre 12 de 2018. **Se confirma** |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos objeto de investigación fueron plasmados por la funcionaria de primer nivel en el fallo confutado de la siguiente manera:

“El día 16 de enero de 2017, la policía judicial integrada por el patrullero Gilberney Londoño Patiño dio cumplimiento a la orden de allanamiento y registro emitida por el Fiscal 33 Seccional de Dosquebradas, la cual estaba dirigida al inmueble ubicado en la calle 57 No. 17-37 Barrio San Diego de este municipio. En la ejecución de la misma y registrando la totalidad del inmueble, encontraron en la parte inferior de un armario de madera dos bolsas plásticas color negro, una de estas bolsas en su interior contiene 32 bolsas plásticas transparentes con cierre hermético y la otra bolsa contiene 20 bolsas plásticas transparentes con cierre hermético. De igual forma se pudo establecer que cada una de estas bolsas a su vez tiene en su interior 20 envolturas de bolsas plásticas color negro con sustancia pulverulenta color beige con características de olor y textura similar a la estupefaciente heroína, para un total de 1.042 dosis el cual fue denominado como EMP No. 1 y en el mismo armario en la parte inferior se encuentra un bolso color negro, en tela [en] cuyo interior había 16 bolsas plásticas color blanco, cada una con sustancia al interior color beige, con características de olor y textura similar a estupefacientes heroína el cual fue denominado como EMP No. 2. Ante tales hallazgos fueron capturadas la señora MRDV y DFD.”

1.2.- En enero 17 de 2017, se realizaron ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas (Rda.) con función de control de garantías, las audiencias preliminares por medio de las cuales: (i) se declaró la legalidad de la orden y ejecución del allanamiento, la incautación de elementos y la captura de las aprehendidas; (ii) se formuló imputación, entre otros, en contra de las señoras MRDV y DFD en calidad de coautoras y a título de dolo del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado -inciso 1º artículo 376 C.P.-, verbo rector “conservar” los que no aceptaron, y (iii) la Fiscalía retiro la solicitud de medida de aseguramiento y por consiguiente se dispuso su libertad.

1.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó escrito de acusación (abril 03 de 2017) donde ratificó la imputación como coautoras de la conducta mencionada, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (junio 29 de 2017), preparatoria (septiembre 06 de 2017) y con antelación a darse inicio al juicio oral, se llegó a un preacuerdo con la señora MRDV -por lo cual fue condenada-, prosiguiéndose la actuación únicamente contra DFD, llevándose a cabo la audiencia de juicio (agosto 13 y octubre 12 de 20187), al cabo del cual se anunció un sentido de fallo de carácter absolutorio, y en esa misma ocasión se dictó la respectiva sentencia.

1.4.- Los fundamentos que tuvo en consideración la a-quo para llegar a la conclusión de absolución, se hicieron consistir en lo siguiente:

No obra duda frente a la existencia de la tipicidad objetiva, atinente al hallazgo de estupefaciente en la vivienda habitada por la señora DFD, donde se encontraron 1.163 gramos de alcaloide que arrojó positivo para opio y sus derivados, sustancia cuya identificación fue objeto de estipulación probatoria (heroína).

Ahora, lo comunicado a los policías por una fuente no formal no es prueba, aunque sirve para enrutar el trabajo investigativo, y pese a la información que entregó, la Policía solo verificó la existencia de la vivienda, que al parecer era ocupada por una señora DFD, pero no se constató la actividad ilícita, al no hacerse vigilancia de la residencia o ninguna otra labor para verificar lo esencial del señalamiento del informante, y si bien con ocasión del allanamiento se encontró gran cantidad de alucinógeno, ello por sí solo no resulta suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia.

No se probó cuántos armarios había en la vivienda, lo que no recordó el investigador o si contaba con seguridad, sin arribarse a juicio el registro fotográfico del allanamiento, que hubiera servido para despejar tales dudas, y por el contrario la defensa, con lo expuesto por SANDRA DUQUE acreditó que había dos armarios, uno de la mamá y otro de la nieta DFD, sin soportarse a cuál de las dos pertenecía aquél donde se halló la sustancia.

De igual manera MRDV desde el instante del allanamiento se hizo cargo del narcótico, a la vez que manifestó que su nieta desconocía la existencia del alucinógeno, y aunque para el despacho mintió sobre la forma en que lo adquirió, ello no puede trasladarse como indicio de responsabilidad frente a DFD, pues obran dudas al respecto, al no soportar ningún elemento que indique que sí tenía ese conocimiento el cual se exige para condenar, en tanto si bien su captura se dio por los dichos del informante, estos no pueden ser tenidos en cuenta, en tanto de hacerlo se desconocerían los principios de contradicción y confrontación, por lo cual queda como único elemento vinculante frente a la acusada, el hallazgo de la sustancia en el armario de la vivienda que compartía con su abuela, quien desde el primer momento aceptó su compromiso.

Emergen en este caso enormes dudas y si bien es posible que DFD conociera la existencia de la sustancia y participara en la actividad ilícita, también puede admitirse como probable que no estuviera dedicada al tráfico de estupefacientes, al no haber prueba que brinde ese conocimiento.

1.5.- Los delegados del ente acusador y de la Procuraduría se mostraron inconformes con tal decisión, la apelaron y expresaron que la sustentación la harían en forma escrita.

2.- Debate

**2.1.-** Ministerio Público *-*recurrente*-*

Pide se revoque el fallo y se emita uno de carácter condenatorio, para lo cual expone:

La droga se incautó en la casa de las dos damas y por ende deben responder como coautoras, independientemente que esta se encontrara en uno u otro armario, y el error de la juez consistió en considerar que en una residencia donde hay varios armarios, cada uno está ligado a una de las damas y no a las dos, y aunque no se logró precisar a quien pertenecía aquél donde se halló la sustancia, ello es inane por cuanto las dos son codirectoras del hogar, sin que ninguna de las dos con prescindencia de la otra tuviera cada uno de los armarios como exclusivo para el depósito de sus cosas, o al menos no se probó lo contrario.

La hipótesis de la inocencia de **DFD**, la sustentó su abuela en ser quien sabía de la sustancia o que le pertenecía a ella, y para ello debió explicar de manera creíble como llegó esa droga a su casa, pero la información que ofreció es absurda e increíble, por lo cual no puede ser fundamento para decretar la inocencia de **DFD**, al carecer de peso probatorio, máxime que no explica quien fue la fantasmal mujer que le pidió el favor de guardar ese paquete, a la que incluso le permitió que lo hiciera ella misma, sin dar datos de su locación o los motivos por los cuales se lo entregó, y menos porque no volvió por él, es decir, fueron un cúmulo de mentiras increíbles, y por consiguiente si el fundamento es que la única responsable de la tenencia de la droga era la abuela, ello carece de solidez, y si a las dos se les encontró, lo es por cuanto tenían el domino del hecho sobre el narcótico.

Finaliza por decir que, si la abuela desconoce el origen de la droga, lo es por cuanto pertenece a **DFD** y la juez desvió su atención en un aspecto que no era trascendente, consistente en la identificación del armario donde ésta se halló. Estima por tanto que **DFD** debe ser condenada.

**2.2.-** Fiscalía -recurrente-

Solicita se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se dicte una condenatoria, lo que sustenta en lo siguiente:

La Fiscalía sí logró comprobar más allá de toda duda el compromiso de **DFD** como autora de la conservación de estupefaciente en su vivienda, misma que solo compartía con su abuela MRDV.

En juicio se acreditó: **(i)** que por **fuente no formal** se conoció la existencia de cinco inmuebles donde se desarrollaba la actividad de tráfico de estupefacientes en el barrio San Diego, uno de ellos, ubicado en la calle 57 N° 17-37, donde reside **DFD**, de 20 años, hermana de quien vive en la planta baja, quienes prestan la vivienda para guardar heroína, para lo cual quincenalmente reciben un pago, e igualmente que **DFD** llevaba la droga desde la vivienda hasta el punto de expendio, a dos cuadras de allí; **(ii)** en la diligencia de allanamiento realizada en enero 16 de 2017, se halló en la vivienda habitada por MRDV y **DFD**, dentro de un armario, una bolsa con 1.042 dosis de droga, así como un bolso con 16 dosis más, que arrojaron un peso neto de 1.163.4 gramos de sustancia positiva para opio y sus derivados; y **(iii)** a las capturadas se les imputó el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de **“conservar”** y mediante **preacuerdo** la señora MRDV **aceptó cargos**, por lo que fue condenada y quien en juicio adujo que su nieta **DFD** no conocía ni tenía que ver con tal conducta, por cuanto una mujer “ALICIA” a quien conoció en el Hospital mientras cuidaba a su hijo, sin dar más datos, le pidió le guardara la mercancía en su vivienda y sin saber de qué se trataba accedió a ello.

Tanto Fiscalía como Procuraduría se han preguntado si esa versión es creíble y genera la duda que llevó a la juez para emitir absolución en favor de DFD, y reitera que no lo puede ser al haber aspectos que dejó pasar la juez así: **(i)** la orden de allanamiento se profiere en enero 13 de 2017; **(ii)** la fuente humana dio información que en el inmueble vivía una joven **DFD**, de quien da características físicas y afirma ser quien guarda la droga y la traslada luego a los puntos de expendio; **(iii)** al realizar el allanamiento encuentran a **DFD** y a su abuela, a su vez en el interior del armario ubicado en la sala gran cantidad de heroína, sin que ninguna de las dos se hiciera cargo de esta, **(iv)** 15 meses después del hecho, ad portas del juicio y del señalamiento de **DFD** como única autora del delito, su abuela decide hacerse cargo del alijo y se inventa una historia fantasiosa, esto es, la existencia de una señora que un día antes le entregó un paquete para que se lo guardara, lo que sería mucha coincidencia e ingenuidad; y **(v)** el señalamiento de **DFD**, no fue concomitante con el favor que a su abuela le pidió la señora ALICIA, pero además nadie puede ser tan confiado, ingenuo o desprovisto de malicia para guardar algo, sin saber quien es la persona.

**DFD**, sin oficio para la fecha del hecho, fue señalada tres días antes por fuente humana, quien la conocía, cuya descripción morfológica efectuó, acerca de su rol en el tráfico de estupefacientes, por lo que no puede “sacarla tan barata” con una historia que inventó su abuela, misma que es increíble e improbable, para echarse la culpa de todo, y si esta afirmó haber estado todo el tiempo en el hospital, donde atendía a su hijo moribundo, ello quiere decir que **DFD** era quien permanecía en la vivienda y no MRDV.

**2.3.-** Defensa -no recurrente-

Solicita se confirme el fallo de condena, a cuyo efecto expresa:

Señala que no existe duda alguna del hallazgo de la sustancia en la vivienda donde residían **DFD** y su abuela MRDV, quien mediante preacuerdo aceptó cargos por su responsabilidad, como se determinó en juicio, y aunque la Fiscalía se duele porque solo 15 meses después rompió su silencio, ello lo fue al ser el momento procesal oportuno, aunado a que de las labores de investigación defensiva se estableció que la probabilidad de éxito en su caso eran mínimas, y cuando todo propiciaba para que se solicitara la preclusión en favor de **DFD**, con sorpresa evidenció que sería llevada a juicio.

En cuanto a lo declarado por MRDV, abuela de **DFD**, se tiene que la contraparte no impugnó su credibilidad y solo en los alegatos finales, trataron de hacer relucir lo que para ellos era sospechoso, pero en la oportunidad procesal no lograron desvirtuar sus dichos, en tanto la misma explicó: **(i)** los motivos por los cuales vivía con su nieta **DFD**; **(ii)** que su hijo JAVIER VALENCIA DUQUE, estaba hospitalizado en el San Jorge -el que posteriormente falleció-, y allí conoció una señora que se ganó su confianza al punto de pedirle le guardara unos paquetes que contenía el estupefaciente referido en la acusación; **(iii)** solo ella tuvo contacto con dicha persona, quien fue hasta su casa y le dejó el paquete, cuyo contenido desconocía, por lo que luego de ser valorado su caso, se decidió realizar el preacuerdo; **(iv)** que **DFD** no conocía de ese acuerdo que llegó con la señora que le entregó el alijo, a quien no conoció, ni mucho menos supo de su existencia, y **(v)** que el armario era solo de ella y que incluso tenía llave, y si no miró el contenido del paquete, como lo dijo ante pregunta del procurador lo fue “por bruta”.

Si bien la juez refirió no creerle sobre la manera en que adquirió la droga, adujo que a partir de allí no puede endilgarse compromiso a **DFD**, y el decirse por los recurrentes, que el hecho de vivir donde se halló el estupefaciente la hace coautora del delito, *es lo más parecido a una responsabilidad objetiva*, que está proscrita. Y en cuanto a lo expresado por la fuente humana, ella no asistió a juicio y sus dichos -que no se plasmaron en algún EMP- solo podrían ser de referencia. Finaliza por decir que los policiales que ejecutaron el allanamiento no ubicaron a **DFD** en posesión de la sustancia encontrada, menos aún que era quien la comercializaba, y en contravía de lo expuesto por los recurrentes “DFDS” puede haber cientos, sin que la fuente humana refiriera de manera expresa a **DFD** como erradamente lo pregonan los impugnantes.

**2.4.-** Sustentado el recurso, la juez lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros a esta Corporación, para desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía y el agente del Ministerio Público-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal establecer si la sentencia absolutoria proferida en favor de la señora **DFD,** está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá la confirmación; o, de lo contrario, se procederá a su revocatoria para dictar en reemplazo un fallo de carácter condenatorio, conforme lo solicita el fiscal y el agente del Ministerio Público recurrentes.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura la existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma a la actuación, en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis del fallo emitido por la primera instancia, en los términos anunciados.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Como se dijo al comienzo, los hechos génesis de esta actuación ocurrieron en enero 16 de 2017, más concretamente en el segundo nivel de la vivienda ubicada en la calle 57 # 17-37 (Barrio San Diego), sector Guadualito de Dosquebradas (Rda.), cuando miembros de la policía judicial procedieron a realizar diligencia de allanamiento y registro ordenada por la Fiscalía 33 Seccional de dicha municipalidad, lo que conllevó a que se encontrara en la parte inferior de un armario de madera, ubicado en la sala de dicha vivienda, dos bolsas plásticas color negro, una con 32 bolsas plásticas transparentes con cierre hermético y la otra con 20 bolsas plásticas similares -para un total de 52-, cada una de las cuales a su vez tenía en su interior 20 envolturas de bolsas plásticas color negro con sustancia pulverulenta color beige con características de olor y textura similar a la estupefaciente **heroína**, para un total de 1.040 dosis -no 1.042 como lo plasmó la a-quo en la situación fáctica-; además, se halló un bolso color negro en tela en cuyo interior había 16 bolsas plásticas color blanco, cada una con material al interior color beige, con características de olor y textura similar a la **heroína** -en más alta cantidad, sin dosificar-, los que arrojaron un peso **neto de 1.163.4 gramos** de sustancia positivas para **opio y sus derivados**. Tal procedimiento conllevó a la aprehensión de las ciudadanas MRDV -quien posteriormente mediante preacuerdo aceptó cargos por tales hechos- y **DFD**.

La funcionaria de primer nivel, luego de culminado el debate probatorio, estimó que si bien la materialidad de la ilicitud fue debidamente acreditada, no lo fue así en punto de la presunta responsabilidad que en los hechos se le atribuyó a la señora **DFD**, pues no obstante lo dicho por la fuente humana a las autoridades respecto de la actividad que al parecer esta desarrollaba, ello no puede ser considerado como prueba, sin que se hubieren adelantado labores investigativas para corroborar tal información, ante lo cual persiste duda frente a su compromiso en el delito, sin que el mero hecho de haber estado en la vivienda donde se halló el alijo sea suficiente para resquebrajar su presunción de inocencia. Tal postura, fue avalada por la defensa, a la vez que motivó la alzada de la delegada de la Fiscalía y del agente del Ministerio Público, quienes al unísono refieren que en este caso sí se comprobó su responsabilidad en los hechos, al tener tanto **DFD** como su abuela dominio de la droga, sin que la exculpativa de esta sea suficiente para pregonar la inocencia de su nieta, aunado a que lo comunicado por la fuente, quien dio datos de la acá procesada como quien conservaba y trasladaba la sustancia para su expendio, fuera en efecto corroborado.

Con miras a resolver entonces la situación conflictiva, debe empezar por decir la Sala que en curso del juicio oral se procedió a escuchar como testigo de cargo, únicamente al policía GILBERNEY LONDOÑO PATIÑO y por la defensa, los testimonios de MRDV y SANDRA MARÍA DUQUE. Igualmente, fueron objeto de estipulación probatoria los siguientes hechos: **(i)** que con la prueba de PIPH se probó que lo incautada en el allanamiento fue identificado como opio y sus derivados con un peso neto de 1.163.4 gramos; **(ii)** que mediante informe de investigador de laboratorio se confirmó la calidad de la sustancia incautada, **(iii)** que el investigador de la defensa JUAN MANUEL GONZÁLEZ, realizó 13 tomas fotográficas a la vivienda -tanto externas como internas- donde se presentó el hecho; **(iv)** que la señora MRDV es la propietaria de la vivienda ubicada en la calle 57 N° 17-37, lo que se soportó con copia del contrato de compraventa de una posesión, de la Escritura 2878 de agosto 25 de 2003 donde se protocolizó una mejora, y 14 folios de proceso de pertenencia que se adelanta ante Juzgado Civil de Dosquebradas; y **(v)** que la joven **DFD** se graduó de bachiller de la Institución Educativa Nueva Granada, que se encuentra afiliada al Sisben y se corroboró su identidad con copia de su cédula.

Ahora, el motivo que amerita la intervención de la Sala, es resolver la apelación que interpuso tanto Fiscalía como el delegado de la sociedad contra el fallo absolutorio y con miras a determinar lo pertinente, debe la Corporación empezar por señalar, que en punto de la tipificación objetiva de la conducta, no existe reparo alguno. Ello por cuanto, en la actuación, quedó plenamente acreditado que con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro efectuada en el segundo nivel de la residencia situada en el sector Guadualito, barrio San Diego de Dosquebradas, concretamente en la calle 57 N° 17-37, se encontró sustancia estupefaciente, que fue identificada tanto de manera preliminar, como en pruebas de laboratorio, que correspondía a opio y sus derivados y que su peso neto fue de 1.163.4 gramos. Tal hecho, como viene de verse, se dio por estipulado probatoriamente y de ello se puede inferir, sin duda alguna, la materialidad de la conducta de tráfico de estupefacientes que le fuera imputada a la aquí comprometida, y por la cual fuera acusada y llevada a juicio.

Ahora, en este asunto la inconformidad del delegado del ente acusador y del Ministerio Público recurrentes, es el relativo a la responsabilidad que en el delito de tráfico de estupefacientes en el verbo rector “conservar”, se le atribuyó a la señora **DFD**, pero que la juez a-quo consideró no acreditada al evidenciar la existencia de sendas dudas respecto al conocimiento que la misma tenía de la presencia de la sustancia en la vivienda que habitaba con su abuela, misma quien desde un principio adujo que era de ella y por lo cual aceptó cargos.

De las pruebas que arribaron a la actuación, se tiene, acorde con lo expuesto por el patrullero GILBERNEY LONDOÑO PATIÑO, que una fuente humana **-a quien se le recibió entrevista en formato de fuente no formal-**, dio información relativa a la existencia de siete inmuebles, todos ellos en el sector Guadualito del Barrio San Diego de Dosquebradas (Rda.), donde desde años atrás se presenta un fenómeno de comercialización de heroína, entre ellos aquél que señaló como ubicado en la calle 57 N° 17-37, donde en el segundo nivel vivía una persona con el nombre de **DFD**, con su mamá o su tía y en el primero su hermana con un bebé[[1]](#footnote-1), procediendo a describir a **DFD** como una persona de 20 años de edad, delgada, de estatura bajita, con cabello largo y quien se encargaba de llevar el estupefaciente al sitio de expendio, el cual se encuentra a unas dos cuadras de ella; también se indicó por la fuente que a las personas que allí habitaban se les pagaba un dinero quincenal por almacenar tal sustancia.

Señaló el investigador, que dada la credibilidad que ofreció lo expresado por el informante, quien es vecino del sector, se procedieron a realizar labores de verificación para establecer la dirección y existencia de las viviendas y una vez que obtuvo la misma se pidió la diligencia de allanamiento y registro, misma que fue autorizada y al ingresar a tal vivienda, en enero 16 de 2017, concretamente en el segundo nivel donde estaban las señoras MRDV y **DFD**, una vez efectuado el registro pertinente, se encontró en el interior de un armario, ubicado en la sala de la vivienda y en medio de la ropa, el estupefaciente mencionado. Ahora, acorde con lo dicho por tal testigo en ese instante, -aunque ello no lo plasmó en su informe, como así lo expresó- la señora MRDV refirió que su nieta **DFD** no sabía nada y que la sustancia era de ella, motivo por el cual los uniformados decidieron no solo judicializarla a ella, sino además a **DFD**, por cuanto a esta, con nombre propio y descripciones físicas, era frente a quien se había referido la fuente humana.

Ahora bien, lo narrado por el aludido investigador fue confirmado en parte por la señora MRDV, quien pese a ser la abuela de la acá procesada, no hizo uso de la inmunidad penal que le asistía, amén con lo reglado en el artículo 33 Constitucional, manifestando que el armario donde fue hallada la droga era de su propiedad, el cual mantenía “enllavado”, sin que su nieta **DFD** se hubiese enterado de la presencia de la misma y para ello refirió inicialmente que una señora la “enredó” y le dijo - un domingo en la mañana, esto es el día anterior al allanamiento- que le guardara algo -luego adujo que lociones-, ante lo cual le manifestó que lo metiera al pie de sus zapatos y al otro día llegaron las autoridades y encontraron lo que resultó ser droga, lo cual no sabía, y que para el momento en que se guardó tal bolsa, su nieta no se enteró, por cuanto estaba durmiendo, por lo tanto no vio a dicha señora, misma que nunca regresó ni volvió a verla.

Ya ante preguntas complementarias del Ministerio Público, adujo que a tal persona la conoció en el Hospital, dado que su hijo JAVIER estaba allí, la cual anteriormente le dio a guardar unas lociones, incluso le regaló una, y frente a la entrega del aludido paquete, reiteró que la señora fue un domingo en la mañana, antes de salir para el hospital a cuidar a su hijo y le dijo que le guardara “eso”, que tenía un dinero para consignar y unas lociones, por lo cual le manifestó “métalo ahí” -refiriéndose al armario- pero que debía regresar cuando ella estuviera, ya que solo lo hacía en la noche, ante lo cual tal persona le indicó que “mañana temprano vengo por ella”, sin haber verificado que contenía tal paquete. De esa ciudadana, adujo solo saber que vivía en el barrio Cerro Azul, sin más datos y ante pregunta de la juez, dijo que respondía al nombre de ALICIA.

Finalmente, rindió declaración la señora SMD, madre de la acá procesada, quien respecto a los hechos nada le constó, al no haber estado en la vivienda en esa ocasión, quien a la postre solo refirió que en el primer nivel de la misma residía su sobrina ÁMD, en tanto en el segundo lo hacían su señora madre MRDV, su hermano JA y su hija **DFD**, y que en este existían dos armarios, uno de su mamá -el cual siempre permanecía con llave- y el otro de su hija. Nada más.

De lo aportado en sede de juicio oral, debe decir la Sala que es un hecho cierto y así quedó probado en juicio, que funcionarios de la SIJÍN de Dosquebradas (Rda.) recibieron información por parte de una persona anónima acerca de la existencia de residencias del sector Guadualito del Barrio San Diego de esa municipalidad, en donde se encontrarían estupefacientes y armas de fuego, conforme así lo indicó el investigador LONDOÑO PATIÑO, además de especificar que al parecer en aquella donde residía la señora **DFD** se dedicaban a su conservación, a la vez que esta era la encargada de trasladar el alucinógeno al punto de expendio, ubicado a unas dos cuadras de distancia.

Ahora, del hallazgo realizado por los funcionarios de policía judicial al momento de la diligencia de allanamiento, se puede deducir, sin equívoco alguno, que los datos proporcionados a los policiales por la fuente humana sí resultaron verídicos, en el sentido que en el inmueble objeto de allanamiento se perpetraba la comisión de una conducta contra la salubridad pública. Lo que afianza que sus dichos eran ciertos, pero a más de ello, también es verdad que al investigador que participó en el operativo nada le consta de los datos que aportó la persona anónima. Y como así lo dijo la a-quo, si bien la información entregada por este sirvió de respaldo al ente acusador para efectuar las diligencias previas de allanamiento y registro, cuya legalidad fue decretada por el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas, no lo son para fincar compromiso de responsabilidad alguno.

En efecto, como también lo aseveró el a-quo, las manifestaciones anónimas no constituyen medio de prueba, precisamente ante la imposibilidad que surge de conocer la identidad de quien o quienes provienen, de interrogar al que las hace, de cuestionar su veracidad, y de tacharlas cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad, con lo cual, de contera, no puede ser objeto de valoración al tenor de lo sostenido por la jurisprudencia nacional[[2]](#footnote-2).

Por lo demás, como también ha sostenido la Sala de Casación Penal: “[…] la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, esto es, de una fuente humana determinada -entendida esta como aquella que ha sido identificada, o por lo menos individualizada-, en tanto condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia, porque si no se estará ante un medio de convicción anónimo, el cual es ciertamente inadmisible” CSJ SP2582-2019, rad. 49.283) [[3]](#footnote-3).

De lo referido, se tiene que con la mera información que suministró la fuente humana (no formal), no puede inferirse más allá de toda duda, que la señora DFD, se dedicaba a la comercialización o distribución de sustancia alucinógena, máxime cuando a ese respecto, como se verá, nada más se comprobó en este proceso.

Es un hecho cierto, como viene de verse, que con ocasión del allanamiento realizado a la vivienda donde residía con su abuela la señora DFD, se encontró gran cantidad de heroína, misma que al parecer, a voces de la fuente humana, allí se almacenaba o conservaba para posteriormente ser llevada por la misma a su punto de expendio, al ser tal aspecto lo único que ata a la acá investigada con tal ilicitud, pero aprecia la Sala, pese a que la a-quo ninguna referencia hizo al respecto, que en este asunto no obra prueba que soporte el ingrediente subjetivo del tipo, esto es, el propósito o finalidad por la cual se conservara en tal residencia dicho opioide.

Sobre ese particular, debe la Sala decir, que con antelación a la emisión del fallo de primer nivel, ya la Corte Suprema de Justicia, venía consolidando una línea jurisprudencial[[4]](#footnote-4), por medio de la cual se consideró que debía estar debidamente probado el ánimo de consumo del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal, línea jurisprudencial que se ha mantenido sólida y que ha llevado a la Corte en un sinnúmero de fallos[[5]](#footnote-5) a casar sentencias de condena y a absolver a personas que han sido vinculadas a investigaciones como la que ahora ocupa nuestra atención, por cuanto la Fiscalía no logró acreditar el elemento subjetivo del tipo.

Y es que según lo tiene decantado la Sala de Casación Penal, en cada caso debe verificarse de conformidad con las pruebas arrimadas, si quien hubiere sido sorprendido con sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, lo era para su autoabastecimiento como consumidor de esta; o si, por el contrario, lo pretendido es el suministro, expendió o tráfico con fines comerciales. Al respecto se ha plasmado[[6]](#footnote-6):

“**No es un asunto de antijuridicidad, entonces, sino de tipicidad, en el que resulta especialmente relevante comprobar el complemento subjetivo tácito –distinto al dolo- concerniente a la finalidad perseguida con las conductas de, *verbi gratia*, llevar consigo o conservar**, y no, en cambio, necesariamente, de la valoración del monto de la sustancia estupefaciente en exceso de la dosis personal legal, a efecto de determinar el injusto típico, pues **lo trascendente es establecer el uso al que está destinado el alcaloide**.

Si el comportamiento prohibido se realiza con fines de uso personal o de aprovisionamiento, el derecho penal no puede tener cabida, porque estaría inmiscuyéndose en el personalísimo ámbito del derecho a la libertad, pero **si el propósito ínsito en la ejecución de la acción reglada alcanza la esfera de la comercialización o distribución de los psicotrópicos, es palmaria la necesidad de persecución penal**, misma que debe adelantar la Fiscalía con especial celo, habida cuenta que, el procesado no está obligado a acreditar su inocencia.

**El ente acusador, ha dicho la jurisprudencia, debe llevar al conocimiento del juez las pruebas que demuestren que los estupefacientes incautados tienen un destino diverso al del consumo personal, para lo cual resulta relevante considerar lo relativo a la dosis de aprovisionamiento** […]”

En este evento en particular, se tiene que además de las estipulaciones probatorias acerca de la sustancia incautada y la forma en la que al parecer estas se encontraban distribuidas -cuyas fotografías no fueron ingresadas como prueba a juicio-, y lo dicho por el investigador GILBERNEY LONDOÑO PATIÑO, ninguna otra prueba se practicó en juicio.

De lo expuesto por el aludido funcionario de Policía Judicial, como viene de verse, únicamente se puede extraer que en la diligencia de allanamiento que se realizó en la vivienda habitada por la señora **DFD** y su abuela MRDV, se logró la incautación del plurimencionado alucinógeno, sin que a la actuación se hubiera aducido información clara y contundente en el sentido que la misma estaba dedicada a su conservación con fines de comercialización, en tanto al juicio no se arrimaron elementos que hubieran podido dar claridad a ese aspecto, verbigracia, interceptaciones telefónicas, evidencias recaudadas por agentes encubiertos o testigos que dieran cuenta que allí vendían alucinógenos o que eran almacenados para su posterior traslado al sitio de expendio para su posterior comercialización, **sin que los meros datos que dio una fuente anónima y que sirvieron de base para proceder con el allanamiento, puedan servir de soporte para emitir un fallo de condena.**

A juicio de la Sala, y acorde con lo dicho por el investigador GILBERNEY LONDOÑO, solo se tuvo en cuenta los datos que le aportó la fuente y unas labores de verificación, que como bien lo dijo en juicio consistieron en establecer la “real existencia del inmueble”, para descartar que no fuera en otro barrio y que “el inmueble que nos manifiesta la fuente correspondiera con la dirección”, sin que ninguna otra actividad se adelantara, por cuanto como también lo indicó ante pregunta en sede de redirecto, el fiscal del caso no le ordenó seguir a **DFD** para determinar si incurría en alguna ilícita, sin que en ningún momento tal servidor, como también se acreditó en juicio, haya constatado la información que le entregó la fuente, relativo a que **DFD** era quien conservara la drogada y que la misma la llevara posteriormente al sitio de expendio. De ello se puede igualmente colegir que la afirmación extrajudicial según la cual se trataba de un lugar donde se conservaba la droga por parte de **DFD** para su posteriormente comercialización, carece de corroboración.

Como es sabido, de tiempo atrás y en asunto como el que ahora concita la atención de la Colegiatura, ha sostenido la Sala de Casación Penal que la carga probatoria para demostrar la presencia de ese ingrediente subjetivo del tipo le corresponde única y exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, lo cual no ocurrió en este preciso asunto. Justamente a ese respecto la Corte concluyó: “Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la **constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico**”; así mismo que: “**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 […]”[[7]](#footnote-7). -negrillas de la Sala-

En esa línea de pensamiento, la Alta Corporación **-CSJ SP, 28 feb. 2018, rad. 50512-** reiteró tal postura al indicar que la carga de la prueba le compete al órgano persecutor y no puede ser trasladada al acusado:

“**En ese sentido, no le correspondía al procesado probar su inocencia, por cuanto ella se presume, razón por la cual, el órgano persecutor de la acción penal debía establecer**, además del peso de la sustancia incautada, **si esta estaba destinada a ser distribuida a cualquier título**, con miras a desvirtuar lo señalado por XXXX al momento de su captura.

De manera que en ningún evento la carga de la prueba de su inocencia le corresponde al procesado, como parece entenderlo el tribunal cuando afirma que la defensa no probó que XXXX llevaba consigo la sustancia estupefaciente con el único propósito de consumirla”.

De similar manera y de reciente data, la Alta Corporación[[8]](#footnote-8), ha sostenido:

46. Resumiendo lo anterior, en reciente decisión -SP2537-2022, 21 jul. Rad. 55.944- se decantó que:

“(…) la tipicidad de la conducta de “llevar consigo” sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de ese ánimo, como ocurre cuando se porta tal droga para el consumo personal, genera atipicidad”[[9]](#footnote-9).

47. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:

“(i) La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual “llevar consigo”, **pero ese dato sí debe valorarse como un indicador**, **junto a los otros que se encuentren demostrados**, de la finalidad del agente. Así, por ejemplo, **una cuantía exagerada o superlativa hace razonable la inferencia de direccionamiento de la conducta al tráfico o distribución.**

(ii) La **carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo**, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, **corresponde a la Fiscalía General de la Nación**, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.”[[10]](#footnote-10)

Ahora, no desconoce la Sala que la cantidad de **opioide** que fue encontrado en la vivienda de **DFD**, en la suma de **1.163.4 gramos**, es significativa y podría soportarse como hecho indicador en el sentido que la misma se tenía almacenada o conservada con una finalidad distinta al consumo, máxime que se acreditó en juicio que esta no es consumidora de sustancias psicoactivas; pero el que ello sea así, tampoco es suficiente para pregonar su compromiso en la ilicitud, pues desde un principio la abuela de DFD, la señora **MRDV**, asumió la responsabilidad de los hechos, afirmando que su nieta no conocía de la existencia del alijo incautado, razón por la cual fue condenada, por lo tanto si la fiscalía dispuso enjuiciar también a **DFD** tenía que acreditar en juicio lo contrario, esto es, no sólo que conocía de la existencia del opioide en su residencia, sino que además ejercía actividades de expendio, tráfico o distribución, y con ello, la efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, lo que acá no se logró.

De otra parte, la explicación fantasiosa que diera en el juicio **MRDV**, sobre el hallazgo de estupefaciente incautado en su residencia, no puede considerarse siquiera como un indicio en contra de **DFD**, pues esta se acogió a su derecho constitucional de guardar silencio; en consecuencia, la carga de desvirtuar la presunción de inocencia que la cobija recae única y exclusivamente en cabeza de la Fiscalía, en tanto la persona procesada no tiene el deber legal de presentar pruebas de su inocencia.

Por último, para la Sala la afirmación hecha por el Ministerio Público al sustentar el recurso de apelación, en el sentido que como la droga se incautó en la casa en la que residían las dos damas, ambas deben responder como coautoras, no puede ser avalada, pues esto sería ni más ni menos que aplicación de responsabilidad objetiva, proscrita de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 12 del Código Penal.

Por tal motivo y como quiera que acorde con lo reglado en el canon 7 C.P.P. toda **duda** debe ser resuelta a favor del acusado, hay lugar a acompañar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.) en favor de la señora DFD al no haberse probado, más allá de toda duda razonable, que conservaba en su residencia la sustancia para su posterior distribución con fines comerciales.

ANOTACIÓN ADICIONAL:

Si bien a este expediente, más concretamente al cuaderno de pruebas, se arrimó el informe policivo que dio cuenta de todas las diligencias realizadas en este asunto -reporte de inicio, entrevista de fuente no formal, orden de allanamiento, informe del allanamiento, con sus actas respectivas y de incautación, actas de derechos de capturadas-, así como informe de investigador de la defensa, ello no se valorará por cuanto en instante alguno fue allegado como prueba a la actuación, salvo los documentos estipulados, y por ende, no podían allegarse al proceso, por cuanto el uso que en juicio se le dio a algunos de estos escritos, lo fue únicamente con el fin de refrescar memoria del investigador de la Policía.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia absolutoria proferida en octubre 12 de 2018 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), en favor de la ciudadana **DFD**, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación que deberá hacerse dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. En juicio finalmente se estableció, que quien allí vivía era la señora ÁNGELA MARÍA DUQUE, prima de la acá procesada. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP, 22 sept. 2021, Rad. 54661. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. CSJ SP, 10 jun. 2019, Rad. 49283, donde se reiteró lo dicho en CSJ SP, 04 may. 2016, Rad. 41.667. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 09 mar. 2016, rad. 41760. [↑](#footnote-ref-4)
5. Entre muchas otros, pueden consultarse como más recientes las siguientes: SP4126 de 2020, Rad. 55641; SP 2695 de 2021, Rad. 55922; SP 1861 de 2022, Rad. 56087; y SP 3420 de 2022, Rad. 58076. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP, 16 jun. 2021, Rad. 54346. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, 11 jul. 2017, Rad. 44.997. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP105-2023, mar. 22, Rad. 57.891. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. SP2940-2016, mar. 9, Rad. 41.760. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. SP106-2020, ene. 29, Rad. 56.574. [↑](#footnote-ref-10)