

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA PENAL

Magistrado Ponente:	RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Radicación:	110016000017201812441 01
Procesado:	Oriana Tairuma Hernández Escalona
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Procedencia:	Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento
Motivo de apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	confirmar

Aprobado mediante acta N° 067/2021

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a **Oriana Tairuma Hernández Escalona** como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El 29 de agosto de 2018, en el aeropuerto internacional El Dorado de Bogotá, aproximadamente a las 19:00 horas, la ciudadana venezolana **Oriana Tairuma Hernández Escalona**, quien pretendía abordar el vuelo AV10 de la aerolínea Avianca, con destino a Madrid (España), fue perfilada por la Policía Nacional para realizarle una inspección, debido a su actitud nerviosa.

Sometida la prenombrada ciudadana al escaner de rayos X no se advirtió nada sospechoso; sin embargo, al revisar su equipaje (maleta tipo bolso color rosado claro con figuras y sin marca) y efectuar el procedimiento de

perforación mediante punzón metálico en sus paredes, se encontró sustancia pulverulenta color blanco (en cantidad de 606,1 gramos), la cual dio positivo para cocaína en el Narcotest aplicado. En consecuencia, la prenombrada fue capturada y tanto la sustancia como los objetos de la pasajera (pasabordo, tiquete electrónico y un celular) incautados.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 El 30 de agosto de 2018¹, previa legalización de captura, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a **Oriana Tairuma Hernández Escalona** ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del CP inciso 3º). Cargo no aceptado por la imputada.

A solicitud de la Fiscalía le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en lugar de residencia.

3.2 El 25 de octubre de 2018² fue radicado el escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, autoridad ante la cual el 9 de marzo de 2020³ se formuló acusación contra **Oriana Tairuma Hernández** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3º del CP).

3.3 El 22 de abril de 2020⁴ se celebró audiencia preparatoria en la que se decretaron las pruebas pedidas por la Fiscalía, pues la defensa no efectuó postulación probatoria.

3.4 La audiencia de juicio oral se realizó el 6 de mayo de 2020⁵, en la que se practicaron las pruebas y las partes presentaron alegatos de

¹ Folio 11 del expediente virtual.

² Folios 36 a 39 ibídem.

³ Folio 5 ibídem.

⁴ Folio 3 ibídem.

⁵ Folio 1 ibídem

conclusión.

3.5 El 13 de mayo de 2020 se anunció sentido de fallo condenatorio, se cumplió el traslado del artículo 447 del CPP y fue emitida la correspondiente sentencia, contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación que sustentó por escrito dentro del término legal.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 Mediante la sentencia de la fecha referida, el Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad condenó a **Oriana Tairuma Herández Escalona** a la pena principal de 96 meses de prisión, multa de 124 s.m.l.m.v y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción de prisión, como autora responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. También le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, además, compulsó copias para que se le investigue por la presunta comisión del delito de fuga de presos. Como fundamentos de su decisión expuso lo siguiente:

4.2 Empezó por señalar que, el patrullero Robinson David Ruiz Zabaleta, quien capturó a Oriana Tairuma Hernández afirmó en juicio que el 29 de agosto de 2018 en el aeropuerto El Dorado perfilaron a una ciudadana cuando cruzaba el filtro de migración, para hacerle una revisión. Así, le realizaron algunas preguntas y la sometieron a un escaneo de rayos X sin encontrar nada extraño en su cuerpo. Sin embargo al revisar su equipaje se percataron de un “tumulto” en las paredes del bolso, que procedieron a punzar, tras lo cual obtuvieron sustancia pulverulenta que sometida al “narcotex” (sic) dio resultado positivo para cocaína. Por tal motivo, se capturó a la pasajera, a quien se le identificó como Oriana Tairuma Hernández Escalona de nacionalidad venezolana, con aproximadamente 25 años de edad.

Dijo el *a quo* que ese relato converge con los documentos introducidos al proceso, tales como acta de derechos del acpturado y acta de incautación

de la sustancia encontrada, fotocopia del pasaporte de la capturada, tiquete y pasabordo, los cuales dan cuenta de la identidad de **Oriana Tairuma Hernández**.

De esa manera, para el juez de primer grado no hay duda acerca de que la persona procesada es la misma capturada en el aeropuerto El Dorado en las circunstancias expuestas por el testigo de la Policía. Además, resaltó que aquella fue debidamente individualizada por la Fiscalía General de la Nación a través de sus investigadores, quienes elaboraron “experticia decadactilar”.

Reprochó que la defensa cuestione en los alegatos conclusivos el pasaporte presentado por la Fiscalía, cuando en ningún momento lo tachó de falso en el juicio oral. Desestimó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de marzo de 2017 sea aplicable a este caso en tanto lo allí tratado no guarda ninguna relación fáctica con el *sub examine*.

Explicó que, a diferencia del caso estudiado por la Corte en la decisión referida, aquí los medios probatorios allegados por la Fiscalía sí permiten establecer en el grado de convencimiento exigido por el artículo 381 del CPP que la persona capturada es la misma procesada (Oriana Tairuma Hernández Escalona).

De otro lado, señaló que la naturaleza y peso de la sustancia incautada (cacaína en cantidad de 606.1 gramos) está acreditada por medio de estipulaciones. De esa manera, encontró probada la materialidad de la conducta tráfico, fabricación o porte de esupefacientes (llevar consigo), porque a **Oriana Tairuma Hernández Escalona** le fue hallado al interior de su maleta de mano sustancia estupefaciente (cocaína), sin permiso de autoridad competente, cuando pretendía salir del país desde el aeropuerto El Dorado con destino a Madrid (España).

4.3 En cuanto al tipo subjetivo, dijo el juez que las pruebas practicadas en juicio sugieren la intención inequívoca de la procesada de llevar consigo la sustancia ilícita y sacarla del país con destino a Madrid para su comercialización o distribución, pues la forma en que la tenía mimetizada

en su maleta de mano indica la finalidad de pasar desapercibida y descarta que fuese para consumo propio.

4.4. Afirmó antijurídico el comportamiento porque al llevar consigo una cantidad exorbitante de una sustancia ilícita, puso en peligro la salud pública, el orden económico y social y los recursos naturales al fomentar la drogadicción de personas, la destrucción del medio ambiente y la alteración del orden económico.

Igualmente, aseveró que la conducta punible fue cometida con culpabilidad porque la acusada conocía la antijuridicidad de su actuar y estaba en posibilidad de ejecutar un comportamiento ajustado a la legalidad, pero dirigió su acción al quebrantamiento de la norma penal.

En ese orden encontró a **Oriana Tairuma Hernández Escalona** penalmente responsable del punible atribuido por la Fiscalía.

4.5 Para dosificar la pena, el juzgado fijó los límites legales del delito de Tráfico fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3º del CP) : 96 a 144 meses de prisión y 124 a 1.500 s.m.l.m.v de multa . Luego, tras dividir el ámbito de movilidad en cuartos seleccionó el primero de ellos, que comprende de 96 a 108 meses de prisión y de 124 a 168 s.m.l.m.v de multa, al no haber circunstancias de mayor punibilidad.

Dentro de ese rango, fijó la sanción en el límite inferior, es decir 96 meses de prisión y multa de 124 s.m.l.m.v. después de aludir a que no había mérito para aumentar la punibilidad. Por el mismo término de la pena de prisión impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.6 En relación con subrogados penales, negó a la acusada la suspensión condicional de la ejecución de la pena por incumplimiento del requisito objetivo del artículo 29 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 63 del CP, en atención a que la impuesta excede de cuatro años de prisión.

Así mismo, negó la prisión domiciliaria porque la pena de prisión mínima contemplada para el delito por el que aquí se procede es de 8 años y el mismo está excluido de la posibilidad de otorgar tal concesión de acuerdo con lo normado en el artículo 68A del CP. A parte, agregó que la acusada fue beneficiada con medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio, pese a lo cual no respetó esa gracia y se fugó, como fue verificado por el despacho a través de llamadas a abonados telefónicos aportados en las audiencias preliminares, lo que también desdice que pueda ser beneficiada con la prisión domiciliaria.

En consecuencia, dispuso librar inmediatamente la orden de captura en contra de la procesada y compulsar copias a la Fiscalía General de la nación para que la investigue por el presunto delito de fuga de presos.

4.7 Por último, ordenó la destrucción de la sustancia incautada y el comiso del pasabordo y el tiquete aéreo de Avianca (Bogotá, Colombia - Madrid, España).

5. DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión atrás referida, el defensor la apeló.

En primer lugar, tras hacer un recuento de la actuación procesal, afirmó el recurrente que en el escrito de acusación aparece como dirección de reclusión preventiva domiciliaria de Oriana Tairuma Hernández Escalona la Av. Sucre San Nicolás, Casa 8, La pastora de la ciudad de Caracas (Venezuela), lo cual nunca fue aclarado por la Fiscalía, de ahí que no se sepa si fue o no notificada de cada una de las actuaciones en su contra.

En segundo lugar, dijo que debe revocarse la decisión de primer grado al no existir prueba más allá de duda razonable acerca de la intervención de su representada en los hechos atribuidos por la Fiscalía. Recordó que se estipuló la naturaleza, clase y peso neto de la sustancia incautada, es decir, que se trataba de cocaína en cantidad de 606,1 gramos, también acordó sustraer del debate probatorio que el estupefaciente encontrado a

la capturada fue el mismo que se sometió a diferentes pruebas, las que determinaron finalmente que era cocaína.

Precisó que a través del patrullero Robinson David Ruiz se introdujeron en copia los siguientes documentos:

1. Informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia del 29 de agosto de 2018 con anexos
2. Pasaporte No. 000755999
3. Pasabordo de aerolínea Avianca, vuelo AV10 Bogotá - Madrid
4. Tiquete electrónico 1342861969444
5. Acta de derechos del capturado
6. Actas de incautación de elementos de fecha 29 de agosto de 2018
7. Registros de cadena de custodia de los elementos probatorios, de fecha 29 de agosto de 2018.

Cuestionó que ninguno de esos documentos sea original y señaló que tampoco hacen referencia la identidad de la procesada. Por consiguiente, extrañó que no se haya aportado una tarjeta decadactilar o un oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela donde se indique que la acusada en efecto nació allí y le pertenecían los documentos asociados al nombre de Oriana Tairuma Hernández Escalona.

Destacó que la única referencia a la nacionalidad de la procesada se encuentra en copias simples de un documento y en la manifestación del policía captor, quien afirmó que aquella era venezolana porque hablaba como alguien de Venezuela. En consecuencia, existen dudas en este proceso que impiden proferir condena, por ejemplo no se sabe quién es realmente la persona que dijo llamarse Oriana Tairuma Hernández Escalona, pues no está acreditado el requisito de plena identidad.

Censuró que se esté condenando a una persona solamente con base en fotocopias sin verificar su veracidad y aseguró que con las pruebas que hay la única opción posible es la absolución, puesto que la Corte Suprema de justicia en decisiones del 11 de diciembre de 2013 (rad. 34843) y 26 de abril de 2017 (rad. 46948) ha referido la necesidad de establecer la plena

identidad como presupuesto para proferir sentencia, lo que aquí no se cumplió.

Expresó su preocupación por la ocurrencia de errores judiciales entorno a la verificación de la plena identidad de los penalmente procesados, pues ello atenta contra la libertad, dignidad y buen nombre de personas víctimas de suplantación, a más de poner en tela de juicio la credibilidad de la administración de justicia. Por eso el legislador tiene establecida la importancia de identificar a los procesados, tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 344) como en la ley 906 de 2004 (artículo 128), mandatos soslayados en este caso.

Por tanto, consideró inadmisibles que se dé valor preponderante a unas copias simples sin ningún tipo de verificación por parte de la policía judicial. En consecuencia, solicitó absolver a **Oriana Tairuma Hernández Escalona** de los cargos formulados.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación, en virtud del numeral 1º del artículo 34 e inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por el recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

6.2 El problema jurídico se contrae a determinar si a través de las pruebas practicadas en juicio oral, se probó más allá de toda duda que Oriana **Tairuma Hernández Escalona** es autora penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

6.3 Fundamentos para resolver

6.3.1 El delito por el que se procede

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes está tipificado en el artículo 376 del CP, según el cual:

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, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Dicha conducta es de carácter alternativa porque contiene varios verbos rectores; la realización de cualquiera de ellos implica la consumación del comportamiento penalmente desaprobado (CSJ. SP3412 de 2020). Ahora, específicamente frente al verbo rector llevar consigo, tiene dicho la jurisprudencia que es necesario consatar la finalidad del agente dirigida a distribuir o traficar:

En esa perspectiva, se advirtió que la tipicidad de la conducta de portar o «llevar consigo» estupefacientes está supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: la de tráfico o distribución, porque si tal comportamiento persigue el consumo o uso personal escapa de la prohibición típica. (CSJ. SP 106 de 2020)

6.3.2 El conocimiento necesario para condenar

Conforme los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar se

requiere un conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la comisión del delito y de la responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio. En ese sentido, la decisión tomada debe encontrar fundamento en una adecuada valoración de los medios de conocimiento.

A parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 inciso 2º ídem dispone que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

6.3.3 De las nulidades

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política y en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004, quien sea sindicado tiene derecho a la defensa, a ser juzgado con “*observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, entre otros.

Por su parte, el artículo 457 ídem consagra que son causales de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Ahora, las nulidades, por ser un mecanismo extremo de corrección de actos irregulares, no basta con invocarlas, sino que su solicitud debe someterse a los principios que consagra el artículo 310 de la Ley 600 de 2000 para su declaratoria, de manera tal que conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“Solamente resulta posible alegar aquellas expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad)”. (CSJ. Sentencia del 26 de octubre de 2011. Rad. 32143).

En ese mismo sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia lo siguiente:

“Ahora, en el marco de este sistema penal acusatorio, no existen nulidades por eventualidades solo por violaciones a las reglas de competencia del juez (art. 456), al debido proceso estructural y garantías fundamentales (arts. 29 C. Pol., 456 y 457 Ley 906 de 2004), las cuales se rigen por los principios de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, cuya finalidad no es otra que limitar la figura para evitar su decreto por la mera existencia de la irregularidad.

En suma, la violación al derecho de defensa o al debido proceso debe ser palmaria, “...que pretermita u omita un acto distinguido por la ley y al que obligatoriamente los funcionarios deban acceder para su no conculcación. Nunca puede asimilarse con cualquier criterio aislado, subjetivo y genérico del recurrente, sino por los motivos previamente determinados por Ley y con ocasión al desarrollo jurisprudencial que la Corte vaya realizando” (CSJ. AEP 00035 de 2019).

6.4 El caso concreto

En los términos en que ha sido planteada la apelación, tenemos que se discute: **(i)** primero, la ocurrencia de una posible nulidad. Aunque la defensa no lo planteó de forma expresa, al sugerir que la actuación penal se habría adelantado a espaldas del enteramiento de la acusada por un error en su dirección de notificación, da a entender la existencia de una irregularidad eventualmente constitutiva de una nulidad por violación al debido proceso. **(ii)** en segundo lugar, para el defensor no está plenamente identificada la persona procesada, de ahí que no puede atribuírsele responsabilidad penal alguna en los hechos enrostrados por la Fiscalía. En ese orden atenderá el Tribunal los cuestionamientos de la alzada.

6.4.1 En cuanto a la indebida citación de la acusada a las diferentes audiencias, tenemos que el apelante cifra ese reproche en que en el escrito de acusación habría quedado consignado como lugar de residencia de la procesada una dirección en Venezuela, la Av. Sucre San Nicolás, Casa 8, La pastora de la ciudad de Caracas, particularidad que nunca fue esclarecida por la Fiscalía.

Al respecto, se constata que en efecto en el escrito de acusación quedó

consignado como lugar de residencia de la acusada la dirección mencionada en Caracas (Venezuela), pese a que desde las audiencias preliminares cuando le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio quedó claro que la misma se cumpliría en un inmueble ubicado en Colombia: la carrera 3ª No.1-116 cas 10 del barrio La Balsa en Chía (Cundinamarca).

Empero, tal desacierto del escrito de acusación no tiene trascendencia alguna porque las citaciones a las diferentes audiencias se remitieron a la dirección en la que la imputada dijo residir y donde debía cumplir la medida de aseguramiento impuesta.

En efecto, primero, en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento del 30 de agosto de 2018, se estableció que la detención preventiva se cumpliría en la carrera 3ª No.1-116 cas 10 del barrio La Balsa en Chía (Cundinamarca); luego, a solicitud de la procesada, en audiencia del 22 de octubre de 2018, el Juzgado 23 Penal Municipal de Control de Garantías autorizó su cambio de residencia a la Calle 69 No.112ª - 75 de la localidad de Engativá en Bogotá⁶.

Pues bien, a esa última dirección junto con la que registra en Venezuela fue citada la procesada a las diferentes audiencias (acusación, preparatoria y juicio), según consta en las diversas planillas de citación⁷, luego se colige que estuvo debidamente enterada, al punto que en una ocasión, en memorial del 16 de septiembre de 2019, excusó su inasistencia a la fracasada audiencia de formulación de acusación programada para el 10 de septiembre de ese año, que finalmente solo se efectuó hasta 9 de marzo de 2020.

Bajo ese panorama, para la Sala es claro que a la procesada le fueron comunicadas en debida forma las actuaciones procesales que tendrían lugar, por lo que se entiende que su inasistencia a las diferentes etapas del proceso obedeció únicamente a su voluntad, pues el juzgado de primera instancia cumplió con citarla a la dirección en la que ella misma

⁶ Folio 34 del expediente virtual.

⁷ Folios 7, 21, 45, 53 y 65 del expediente virtual.

dijo residir y donde se comprometió a permanecer tras habersele impuesto una medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria. Por tanto, se negará la nulidad propuesta.

6.4.2 Frente a la controversia entorno a la identificación de la procesada y a que sea la misma que fue capturada por los hechos que ocupan a este proceso, dice en el defensor que no hay certeza de esos aspectos porque en juicio solo se aportaron fotocopias para acreditarlos más un testimonio de un policía que dedujo la nacionalidad de la persona que capturó por su acento.

6.4.2.1 Pues bien, en relación con la identificación del procesado ha dicho la jurisprudencia que el artículo 128 del CPP impone a la Fiscalía la obligación de identificar e individualizar correctamente al imputado, lo cual debe cumplir desde que inicia la investigación, pues solo una vez satisfecho ese presupuesto puede empezar el proceso penal con la correspondiente formulación de imputación:

Si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de “verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales”, también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación.

Lo anterior, porque sólo una vez obtenida la debida individualización o identificación del indiciado, puede acudir ante el juez de control de garantías para proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan.

Una de ellas es la de formulación de imputación, regulada en los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004, y que en su artículo 288 exige directamente al fiscal que exprese oralmente la “individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones”.

Lo dicho quiere significar que un presupuesto ineludible para llevar a cabo la diligencia previa de imputación, es que el investigado esté debidamente individualizado e identificado, pues, en caso contrario, el acto en mención no podría llevarse a cabo, ni mucho menos ser avalado por parte del juez de control de garantías. (CSJ. AP 2140 de 2015)

Por tanto, la jurisprudencia ha concluido que la identificación o individualización del procesado no son tema de prueba. (CSJ. SP 836 de 2019), porque el debate en torno a ese tópico se agota desde la imputación.

6.4.2.2 En este caso, desde la audiencia de imputación fue definida por al Fiscalía la identificación de la procesada así: **Oriana Tairuma Hernández Escalona**, con pasaporte 000755999 de nacionalidad venezolana, nacida el 15 de febrero de 1993, hija de Gelmis Hernández y Judith Escalona, residente en la carrera 3 No. 1- 116 barrio La Balsa de Chía (Cundinamarca), soltera, estatuta 163 cm, piel trigueña y contextura delgada.

Sobre el particular ninguna discusión se presentó en ese momento procesal, es más, el entonces defensor aseguró que la Fiscalía “*ha hecho una individualización concreta y clara con nombres y apellidos, datos de identificación y demás...*”⁸. Adicionalmente, la propia sindicada cuando se presentó en la audiencia, antes de que la Fiscalía interviniera, dijo llamarse Oriana Tairuma Hernández Escalona con pasaporte 000755999, lo que coincide con los datos que luego referiría el ente persecutor.

Esa información sobre la identificación expuesta por la Fiscalía en las audiencia preliminares, se replicó después en el escrito de acusación, en cumplimiento del mandato del artículo 337 numeral 1º del CPP que dispone individualizar a los acusados, y en la audiencia de formulación de acusación se agregó que la cédula venezolana de la procesada tiene cupo numérico 20616040, de acuerdo con información obtenida de la INTERPOL⁹.

De esa manera no cabe duda que la identidad de la procesada fue esclarecida desde la audiencia de imputación.

6.4.2.3 En cualquier caso, en el juicio oral se introdujeron documentos orientados a acreditar de nuevo la identidad de la persona procesada, como la copia de su pasaporte 00755999 correspondiente a **Oriana Tairuma Hernández Escalona**, donde consta que nació el 15 de febrero de 1993, es de sexo femenino y nacionalidad venezolana; esa copia fue obtenida del original que portaba la persona capturada el 29 de agosto de 2018 en medio de los hechos que ocupan a este proceso, por parte del

⁸ Record 00:31:10 y ss. Audiencia del 30 de agosto de 2018.

⁹ Record 00:12:39 y ss. Audiencia de acusación del 9 de marzo de 2020.

patrullero captor Róbinson David Ruiz, quien así lo afirmó en juicio.

Aunque el defensor critica ese documento porque es copia simple no lo hizo así al momento de su introducción a juicio de manera que aceptó que el debate probatorio se efectuara sobre aquel en ese estado. Al punto interesa relevar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

En un sistema adversarial, cuando ha mediado un proceso de descubrimiento probatorio normal, de modo que la parte contra la cual se aduce el documento lo conoce con suficiente antelación, el silencio respecto de la presentación de copia en lugar del documento original, puede tomarse como aceptación de la copia del mismo para el trámite procesal (y no necesariamente de su contenido como fuente de verdad). (CSJ. SP del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920).

Por demás, deja de lado el recurrente que siendo el pasaporte un documento público, no era necesario introducir el original, según el artículo 434 del CPP, puesto que la regla de mejor evidencia (artículo 433 del CPP) que exige presentar el original de los documentos no se aplica en tratándose, entre otros, de los documentos públicos. En ese mismo sentido, la jurisprudencia ha destacado lo siguiente:

En consecuencia, no se requiere la presentación del texto original, porque se trata de un documento público, cuya autenticidad se presume y está expresamente excluido de la regla de mejor evidencia (art. 433, ídem), porque así lo prevé el artículo 434: “Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos...” (CSJ. SP del 19 de octubre de 2011).

De manera que no hay razón para restar valor suasorio a la información que sobre la identidad de la persona procesada revela ese documento.

6.4.2.4 A más de lo anterior, acudió a juicio el patrullero Róbinson David Ruiz, testigo directo de los acontecimientos que nos ocupan, quien dio captura a la persona procesada y se refirió en su declaración a la identificación de la misma. Señaló el declarante que, pertenece a la Policía Nacional desde hace 8 ó 9 años y que trabaja hace dos años en el aeropuerto El Dorado haciendo controles antonarcóticos a pasajeros, cargas y correos, para detectar modalidades de camuflaje de estupefacientes.

Refirió que el 29 de agosto de 2018 dio captura a una ciudadana llamada

Oriana Tairuma Hernández Escalona debido a lo siguiente:

Estaba el agente en el filtro internacional del aeropuerto El Dorado de Bogotá, cuando, junto con sus compañeros abordaron a la ciudadana prenombrada, le hicieron algunas preguntas y la sometieron al *Body Scan*, examen en el que no encontraron nada ilícito en su cuerpo. Posteriormente, él verificó el equipaje de mano que llevaba la pasajera y en sus paredes evidenció “un tumulto”, por lo que con un punzón metálico lo chuzó y a la sustancia que salió le practicó un *Narcotest*, que dio como resultado positivo preliminar para cocaína.

Por tanto, leyó los derechos del capturado a la pasajera y se le incautó un bolso con la sustancia ilícita, un tiquete electrónico, un pasabordo y un celular, además, se tomó copia de su pasaporte, porque aquella era venezolana, para anexarlo a la documentación correspondiente. Preciso que el destino de la capturada era Madrid España y que abordaría el vuelo Avianca 10 que saldría aproximadamente entre las 19 y las 20 horas. También puntualizó que la sustancia fue encontrada en el protector que tiene las maletas para que no se dañen.

Al ser cuestionado acerca de si la viajera manifestó algo frente al hallazgo, dijo que no, solo se puso a llorar. Cuando se referió a las características morfológicas de la capturada dijo que era “flaca”, morena, ojos cafés o claros, no recuerda estatura y de aproximadamente 24 ó 25 años de edad, con acento venezolano.

Afirmó haber elaborado, a raíz de los hechos que presencié, un informe, el acta de derechos del capturado y un acta de incautación. Específicamente sobre el último de los documentos, dijo que es de fecha 29 de agosto de 2018 y que allí él consignó que incautó una maleta tipo bolso rosado, con doble fondo en la que se encontró sustancia pulvurulenta. Ese objeto fue confiscado a Oriana Tairuma Hernández Escalona.

Aparte, afirmó que también incautó un celular, un tiquete y tomó copia del pasaporte de la persona capturada que estaba a nombre de Oriana con

identificación 000755999, y que en ese documento aparece un número de cédula venezolana 20616040. En cuanto al pasabordo que también recaudó el día de los hechos, aseveró que correspondía al “Avianca 10” hacia Madrid, expedido a nombre de **Oriana Hernández Escalona**.

En el contrainterrogatorio el testigo reafirmó sus dichos, además, aclaró que el tiquete y pasaporte los rotuló, embolsó y los puso a disposición de la Fiscalía. Reiteró que el nombre que aparece en la copia del pasaporte que recaudó es Oriana Tairuma Hernández Escalona; así mismo informó que no ha hecho cursos de dactiloscopia o lofoscopia.

6.4.2.5 Ese testimonio resulta creíble por cuanto el declarante narró con claridad, de forma coherente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que presenció; además, el relato fue espontáneo y fluido, libre de nerviosismo, dubitación o titubeos. Ello indica que su dicho obedeció a un verdadero proceso de rememoración y no a su propia construcción de los acontecimientos, pues en este último evento habrían quedado expuestos los esfuerzos que normalmente implica hilvanar las mentiras. Finalmente, no se avisa animadversión contra la acusada.

Entonces, como puede apreciarse de lo atestado por el Policía Róbinson David Ruiz, tenemos que, capturó por los hechos que dieron origen al presente proceso, a una persona de nombre Oriana Tairuma Hernández Escalona con pasaporte 000755999 de nacionalidad venezolana, datos que coinciden con los expuestos por la Fiscalía en la audiencia de imputación de cargos, incluso la propia procesada corroboró tanto su nombre como su número de identificación al presentarse en las audiencias preliminares.

De esa manera, no hay duda razonable alguna acerca de que la persona capturada es el aeropuerto El Dorado de Bogotá el 29 de agosto de 2018 en las circunstancias ya descritas por el policía captor es la misma enjuiciada en estas diligencias, la que responde al nombre de **Oriana Tairuma Hernández Escalona** con pasaporte 000755999 de nacionalidad venezolana. Por tanto, no tiene razón el defensor en su cuestionamiento.

En este punto se aclara que pretender que la identificación de la procesada se acredite únicamente con el aporte de una tarjeta decadactilar no se acompasa con el principio de libertad probatoria consiguando en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 y es que *“no existe tarifa legal específica que señale a la tarjeta decadactilar como prueba necesaria para establecer la identidad de las personas.”* (CSJ. AP del 28 de septiembre de 2011. Rad. 37008).

Igualmente, no puede sostenerse que la nacionalidad de la procesada se dedujo solamente del dicho del policía quien dijo le escuchó acento venezolano, pues no debe dejarse de lado que de ese hecho también da cuenta el pasaporte, documento público cuya autenticidad no fue desvirtuada por la defensa.

6.4.3 En cuanto a la materialidad de la conducta tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y la responsabilidad de la acusada en su comisión tampoco emerge ninguna duda razonable.

En efecto, con el testimonio del policía atrás referido quien presenció los hechos constitutivos de la infracción penal, está acreditado que el 29 de agosto de 2018, en el aeropuerto internacional El Dorado de Bogotá, en medio de controles antidrogas de rutina, a Oriana Tairuma Hernández Escalona, la acá procesada, se le revisó su equipaje de mano cuando se disponía a salir del país con destino a Madrid - España en el vuelo Avianca 10, y en la pared de ese bolso, en una especie de doble fondo, se halló un “tumulto”, que pinchado con un punzón metálico arrojó sustancia pulvurulenta, la cual resultó ser cocaína con un peso neto de 606, 1 gramos; tanto la naturaleza de la sustancia, su cantidad y su mismidad están probados al haber sido hechos estipulados por las partes¹⁰.

Así, se colige que la acusada sin permiso de autoridad competente llevaba consigo, en su equipaje de mano, cuando pretendía viajar a España en la fecha mencionada, sustancia estupefaciente, específicamente cocaína, con un peso de más de 100 gramos pero menos de 2000, lo que se enmarca

¹⁰ Record 00:54:44 y ss. Audiencia preparatoria del 22 de abril de 2020 y record 00:29:32 y ss. De la audiencia de juicio oral del 6 de mayo de 2020.

en lo descrito en el artículo 376 numeral 3° del Código Penal¹¹ (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes).

Ahora, la tipicidad de la conducta llevar consigo estupefacientes está atada a que la finalidad del sujeto activo sea el tráfico o distribución:

En resumen, según la jurisprudencia de casación desarrollada a partir de la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: 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 este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. (CSJ. SP 106 de 2020)

Pues bien, la finalidad de tráfico o distribución que tenía la acusada al llevar consigo la sustancia ilícita la indican varios hechos: **(i)** la gran cantidad de estupefacientes que llevaba: 606, 1 gramos, muy superior a la dosis de consumo personal; **(ii)** la forma en que estaba oculta la sustancia en un doble fondo de la maleta que portaba la pasajera; **(iii)** la pretensión de sacar semejante cantidad de cocaína del país con destino a España.

Bajo esas circunstancias, se descarta que el estupefaciente incautado a la procesada haya sido para su consumo y más bien se colige que era para el tráfico y distribución dirigida al consumo de otros en el exterior, por lo que está acreditado el elemento subjetivo exigido por la jurisprudencia.

¹¹ **ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.** *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, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

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.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) (subrayado fuera de texto)

Ahora, teniendo en cuenta que la finalidad de la acusada era el tráfico o distribución internacional de la sustancia ilícita, emerge claro que lesionó el bien jurídico salud pública, por lo que su comportamiento debe predicarse antijurídico como lo declaró la primera instancia. Así mismo, se advierte que pudiendo actuar conforme al ordenamiento jurídico, **Hernández Escalona** optó por hacerlo de forma antijurídica, lo que implica que obró con culpabilidad y por eso merece reproche penal.

Siendo así, para la Sala la Fiscalía probó más allá de duda razonable la materialidad de la conducta tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3º del CP) - **verbo rector llevar consigo** - y también la responsabilidad penal de Oriana Tairuma Hernández Escalona en su comisión.

6.4.4 En ese orden de ideas como los argumentos expuestos por el recurrente no tienen vocación de prosperar se impone negar la nulidad sugerida y confirmar la decisión condenatoria de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

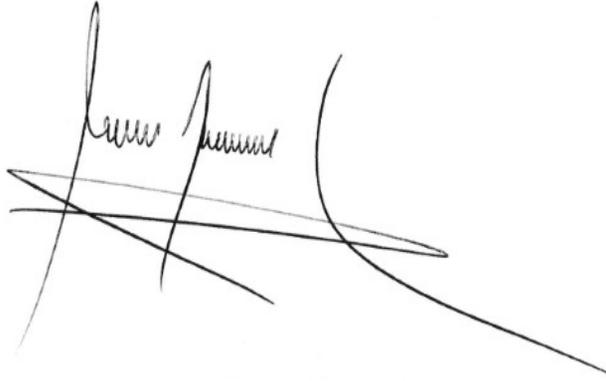
RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR la nulidad sugerida por la defensa.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo que fue motivo de apealación la providencia recurrida.

TERCERO .-ANUNCIAR que contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Las partes e intervinientes quedan notificadas en estrados.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ramiro Riaño Riaño', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Magistrado

(APROBADO)
JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Magistrado

(APROBADO)
CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA
Magistrado