

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Aprobado mediante acta # 460

Pereira (Risaralda), ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).
Hora: 09:30 a.m.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS.
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01.
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Temas: Exclusión probatoria. Yerrores en la apreciación del acervo probatorio.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al procesado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia proferida el primero (1º) de marzo de los corrientes por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, dentro del proceso que se le siguió al ciudadano JOSE OMAR OSORIO HOYOS, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

ANTECEDENTES:

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en esta localidad, a eso de las 10:50 horas del 28 de octubre de 2.010, en un sector ubicado entre la calle 13 con carrera 11, conocido como "*los Puentes*", y están relacionados con la captura del ciudadano JOSE OMAR OSORIO HOYOS, quien supuestamente fue visto por efectivos de la Policía Nacional en el momento en el que le vendía al Sr. SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — algo que resultó ser marihuana.

Según se adujo en el libelo acusatorio, para esas calendas varios miembros de la Policía Nacional hacían labores de control y de vigilancia por el sector conocido como "*los Puentes*", cuando se percataron de una transacción sospechosa en virtud de la cual un sujeto — ALEXANDER ARIAS HERNÁNDEZ — le entregaba a otro — SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — una suma de dinero, y a su vez otro fulano — JOSE OMAR OSORIO HOYOS — se dirigió hacia unas escalas de una vivienda sin nomenclatura, ubicada frente al inmueble # 11-11 de la calle # 13, de donde sacó algo de una bolsa para luego entregárselo al sujeto que había hecho la entrega del dinero.

Ante tal situación los policiales decidieron seguir al comprador, quien tomó rumbo por la calle 16, al que luego sorprendieron en el preciso momento en el que fumaba un porro de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, la cual arrojó un peso neto de 1,5 gramos.

Al ser requerido ese ciudadano, quien se identificó como SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — expuso, en una entrevista, que esa sustancia estupefaciente se la había comprado a los sujetos que fueron vistos por los policiales por el sector "*los Puentes*".

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

Como consecuencia de dicha información, los policiales se dirigieron hacia el sitio en donde habían visto a los sospechosos, y procedieron a capturar a los ciudadanos ALEXANDER ARIAS HERNÁNDEZ, a quien luego de requisarlo le encontraron en su poder la suma de \$107.000,00, y JOSE OMAR OSORIO HOYOS, por cuanto luego de revisar en el sector de la escalas, encontraron una bolsa negra que contenía 05 envolturas de una sustancia estupefaciente, la cual, luego de ser sometida a la prueba de P.I.P.H. resultó ser marihuana, y arrojó un peso neto de 9,1 gramos.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- 1) Las audiencias preliminares del caso se llevaron a cabo, **OCHO AÑOS DESPUÉS DE OCURRIDOS LOS HECHOS**, el 20 de noviembre de 2.018 ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, en las cuales al entonces indiciado JOSE OMAR OSORIO HOYOS se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del C.P.
- 2) Radicado el escrito de acusación, el conocimiento del proceso le correspondió inicialmente al Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, pero su titular, mediante auto del 05 de julio de 2.019, se declaró impedido acorde con la causal del # 15 del artículo 56 del C.P.P.
- 3) Esa declaratoria de impedimento fue declarada como fundada por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad mediante auto del 11 de julio de 2.019, y en consecuencia el conocimiento de la actuación fue asumido por ese Despacho Judicial.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

- 4) Ante el Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, se llevaron a cabo las siguientes audiencias: a) El 19 de septiembre de 2.019 acaeció la audiencia de formulación de la acusación; b) El 23 de octubre de 2.020 se celebró la audiencia preparatoria; c) El juicio oral se efectuó en sesiones celebradas los días 09 de diciembre de 2.021; 31 de mayo de 2.022, y 02 de junio de 2.022, vista pública en la que se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio.
- 5) En las calendas del 1º de marzo de los corrientes se profirió la respectiva sentencia condenatoria, en contra de la cual la Defensa se alzó de manera oportuna.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del primero (1º) de marzo de los corrientes por parte del Juzgado 7º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 64 meses de prisión, así como el pago de una multa equivalente a 02 *s.m.m.l.v.*

De igual manera, en el fallo opugnado, al procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS no se les reconoció el disfrute de subrogados ni de substitutos penales por cuanto no se cumplieran con los requisitos objetivos del caso, aunado a que

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

existía expresa prohibición legal para su concesión en lo que tenía que ver con el delito de tráfico de estupefacientes.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para proferir la sentencia condenatoria se basaron en aducir que en el proceso existía material probatorio suficiente con el cual se lograba demostrar, de manera indubitable, la responsabilidad criminal del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS en actividades relacionadas con la venta, hacia otro ciudadano, de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado *A quo* expuso lo siguiente:

- Acorde con las estipulaciones probatorias, se tuvo por acreditado la incautación de un cigarro, el que pesó 1.5 gramos, así como unas envolturas de una sustancia vegetal que resultó ser marihuana, la que arrojó un peso neto de 9.1 gramos
- Las partes estipularon que había fallecido el ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO, quien fue referenciado por la Fiscalía como la persona que compró el cigarro de marihuana incautado, razón por lo que lo declarado por ese sujeto en una entrevista fue introducido al juicio como prueba de referencia admisible.
- Se debía descartar el valor suasorio de todo lo declarado en la entrevista absuelta por SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — por cuanto la misma se obtuvo en contravía de lo preceptuado por las normas penales, las que regulan que esa entrevista debía ser una consecuencia de labores investigativas adelantadas con el control de la Fiscalía, lo que no aconteció en el presente asunto por cuanto los policiales no procedieron a la

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

inmediata captura en flagrancia de las personas que vieron en el sector conocido como "*los Puentes*" en el preciso momento en el que llevaban a cabo la ilícita negociación.

- Existían potísimas razones para concederle credibilidad a todo lo declarado por el expolicial ANDRÉS HERRERA MEZA sobre lo adverado por ese testigo respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos que desembocaron en la captura del ahora procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, de los cuales se dio cuenta cuando en una ocasión transitaba por ese sector en un vehículo de la SIJIN en compañía de otros policiales.
- Lo adverado por el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA encuentra eco en muchas de las cosas que el procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS declaró en el juicio, en especial en todo aquello que tiene que ver con la presencia de unos policiales de civil que lo capturaron cuando él se encontraba por ese sector, así como el hallazgo de un alijo de estupefacientes que estaba oculto en unas escaleras.

LA ALZADA:

Las inconformidades expresadas por la recurrente en la apelación se circunscribieron en argüir que en el proceso no existían pruebas que de manera indubitable pudieran llevar a concluir sobre el juicio de responsabilidad criminal endilgado al procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS.

En ese orden la apelante adujo que la sentencia se cimentó en la credibilidad que se le otorgó a una prueba testimonial de naturaleza única — el testimonio de ANDRÉS HERRERA MEZA — con la cual no se podía fundamentar en contra del

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

procesado un fallo de responsabilidad criminal por lo siguiente:

- Se está en presencia de una prueba testimonial insular, la cual no se encuentra corroborada por ninguna de las pruebas habidas en el proceso.
- Resulta insólito y hasta un tanto increíble que luego de haber transcurrido más de doce años de la ocurrencia de un caso rutinario y que no tuvo ninguna trascendencia mediática, el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA, de buenas a primeras, haya ofrecido un relato claro, cronológico y concreto de todo lo acontecido.
- Existían dudas que incidían para que el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA no haya podido presenciar lo que de manera detallada dijo que vio, sí se tiene en cuenta que él se desplazaba en un vehículo que iba en movimiento por un sector muy concurrido; y lo que torna aún más insólito su testimonio es el hecho de no haber capturado en flagrancia a las personas que dice que vio en el momento de la transacción ilícita, sino que por el contrario procedió a seguir al comprador, después que este se alejó del sitio en donde se encontraban los vendedores, para posteriormente regresar y capturar de manera ilegal a los supuestos expendedores.
- Existen razones para dudar de todo lo dicho por el Sr. SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO en la entrevista que ingresó al juicio como prueba de referencia, sí se tiene en cuenta que en esa entrevista narró unos hechos casi idénticos a los consignados en el informe policial de captura, lo que generaría dudas en el sentido de precisar cuando tuvo lugar la entrevistas: ¿si esta fue antes o después de la captura de los presuntos sospechosos?

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

De igual manera, no se podía pasar por alto que SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO decidió absolver la cuestionada entrevista ante las advertencias que le hicieron los policiales de ser objeto de una posible captura.

Acorde con lo anterior, la recurrente deprecó por la revocatoria del fallo opugnado y, en consecuencia, solicitó que se absuelva al procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

LAS RÉPLICAS:

Al intervenir como no recurrente, la Fiscalía se opuso a las pretensiones de la apelante y por el contrario, clamó por la confirmación del fallo opugnado, al aducir que de las pruebas debatidas en el juicio no afloraban dudas de ningún tipo en lo que tenía que ver con la acreditación del juicio de responsabilidad criminal endosado al ahora procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, por cuanto del testimonio absuelto por ANDRÉS HERRERA MEZA, quien narró la forma cómo ocurrieron los hechos, se pudo acreditar que el procesado se encontraba implicado en la transacción ilícita de los estupefacientes incautados.

De igual manera la no recurrente adujo que las inconformidades expresadas por la Defensa en la alzada se constituyen en simples y meras especulaciones que carecen de respaldo probatorio.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia condenatoria proferida

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

- Problema Jurídico:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de la apelante, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico:

¿Con las pruebas debatidas en el proceso se satisfacían o no a cabalidad con los requisitos exigidos por parte del artículo 281 del C.P.P. para que en contra del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS fuera posible proferir una sentencia condenatoria acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio criminal?

- Solución:

Al efectuar un análisis de la tesis de la inconformidad formulada por el sujeto procesal recurrente en contra de lo resuelto y decidido por parte del Juzgado de primer nivel en el fallo opugnado, observa la Sala que la misma radica en cuestionar el valor probatorio dado a la principal prueba con la cual se erigió el juicio de responsabilidad criminal pregonado en la sentencia en contra del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, como lo fue el testimonio absuelto por el expolicial ANDRÉS HERRERA MEZA.

En ese orden, vemos que el recurrente aseguró que con base en el testimonio único absuelto por ANDRÉS HERRERA MEZA no era factible que se pudiera proferir una sentencia

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

condenatoria, porque se estaba en presencia de una prueba testimonial insular ya que en el proceso no existían otras pruebas que corroborasen su contenido; aunado a que existían plausibles razones que incidían para poner en tela de juicio la credibilidad que emanaba de todo lo adverado por parte del testigo HERRERA MEZA.

Estando delimitado en que radicó la tesis de la inconformidad expresada por la Defensa en la alzada, la Sala, a fin de determinar sí el Juzgado de primer nivel incurrió o no en los yerros de valoración probatoria denunciados por la recurrente, procederá a efectuar un análisis de las pruebas habidas en el proceso.

Acorde con lo anterior, esta Corporación inicialmente tendrá como hecho cierto e incuestionable el consistente en que un grupo de policías, entre los que se encontraba el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA, incautaron en el sector conocido como "*los Puentes*", ubicado entre la calle 13 con carrera 11, una sustancia vegetal, que resultó ser marihuana, la cual se encontraba en un cigarro y en unas envolturas que estaban en el interior de una bolsa, la que respectivamente arrojó un peso neto de 1.5 gramos y de 9.1 gramos.

De igual manera, acorde con la versión dada por el expolicial ANDRÉS HERRERA MEZA, se tiene que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que propiciaron el hallazgo y la posterior incautación de la aludida sustancia estupefaciente, radicaron en que:

- El día de los hechos el testigo se movilizaba con otros compañeros en un vehículo de la SIJIN, y al pasar por el sector conocido como "*los Puentes*" se dieron cuenta de cómo un ciudadano le entregaba a otro una suma de dinero, y que a su vez otro sujeto fue hacia unas escalas ubicadas en una vivienda, de donde sacó algo que

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

posteriormente se lo dio a la persona que inicialmente había entregado la suma de dinero.

- Tal situación les generó suspicacia, ya que el sector conocido como "*los Puentes*" se caracteriza por la problemática del tráfico y consumo de estupefacientes; razón por la que decidieron seguir al comprador, quien había emprendido la marcha hacia el centro comercial del *Éxito*.
- Como resultado de esas labores de seguimiento, sorprendieron al comprador, quien se identificó como SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — en el preciso momento en el que estaba consumiendo una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana.
- Ante tal situación, procedieron a abordarlo e informarle que iba a ser detenido para verificar que era lo que estaba consumiendo, y ahí fue cuando ese fulano les dijo que había comprado esa marihuana, y que les informó que podía decirle quienes fueron las personas que se la vendieron.
- Con base en esa información se dirigieron hacia el sitio en donde tuvo lugar la transacción, en el cual encontraron a dos personas a quienes identificaron como aquellas que participaron en la negociación, y como quiera que en ese sitio encontraron una bolsa que contenía más marihuana, procedieron a arrestarlos.

Es de resaltar que apartes de lo atestado por el expolicial ANDRÉS HERRERA MEZA se encuentra corroborado por lo que declaró en el juicio el procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, quien ratificó que en efecto cuando él se encontraba dialogando con un amigo llamado "ALEX", fueron

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

sorprendidos por unos sujetos, que se identificaron como miembros de la policía, quienes le pidieron una requisa.

De igual manera el procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS expuso que los policiales se dirigieron hacia una esquina, y que debajo de una reja de una casa encontraron una bolsa, y ahí fue cuando procedieron a capturarlos, porque, según señalamientos hechos por un testigo, ellos estaban expendiendo sustancias estupefacientes. Es de resaltar que el procesado expuso que ellos fueron conducidos hacia la "URI" de la Fiscalía, en donde posteriormente fueron liberados.

Ahora bien, al efectuar un análisis del contenido de los anteriores medios de conocimiento, para la Sala no existe duda alguna que nos encontramos en presencia de un operativo policial que puede ser catalogado como de ilegal o de ilícito por vulnerar, de manera flagrante, todos los postulados que orientan el debido proceso, lo cual, acorde con lo reglado en el inciso final del artículo 29 de la Carta, en consonancia con el artículo 23 del C.P.P. implicaba, por derivación, que los efectos de dichas máculas e irregularidades debían hacerse extensivos hacia todos los "E.M.P." recaudados durante el devenir del susodicho operativo policial, V.gr. la sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana, tal y cual como lo pregona la teoría de los frutos del árbol envenado, la que *«se apoya en la idea elemental de que un medio de conocimiento que haya nacido viciado a la vida jurídica no podrá generar un acto probatorio lícito, en tanto ha sido contaminado y debe correr la misma suerte que aquel; esto, siempre que exista una relación suficientemente fuerte que permita establecer que la ilicitud o ilegalidad primigenia ha trascendido al elemento de persuasión sucedáneo...»*¹.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de agosto de 2014. SP10303-2014. Rad. # 43.691.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

Para demostrar que en el presente asunto se estaba en presencia de un operativo policial que por su ilicitud contrariaba las disposiciones del debido proceso, lo que a su vez dio lugar al hallazgo de las sustancias estupefacientes incautadas, es menester que se tenga que, acorde con lo averado por el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA, se observa que ese testigo pese a que se dio cuenta de la transacción ilícita cuando él pasaba por ese lugar, en vez de capturar en el acto a las personas implicadas en dicha negociación, las cuales en ese preciso momento se encontraban en situación de flagrancia, decidió seguir al comprador, a quien luego sorprendieron cuando estaba fumándose un *bareto* de marihuana, el que, como se sabe, arrojó un peso neto de 1,5 gramos.

De igual manera tenemos que el testigo admitió haber prácticamente conminando al comprador con conducirlo hacia unas instalaciones policiales, para que él les indicara quienes fueron las personas que le vendieron la sustancia estupefaciente que estaba consumiendo; lo que a su vez suscitó para que ellos, con base en la información brindada, se dirigieran hacia el sector conocido como "*los Puentes*", en donde, además de encontrar ocultas debajo de unas escalas unas envolturas de marihuana, procedieran a capturar a los ciudadanos ALEXANDER ARIAS HERNÁNDEZ y JOSE OMAR OSORIO HOYOS.

Como se podrá observar todo lo que suscitó el operativo policía que condujo a la captura del ahora procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS, y a la posterior incautación de cinco envolturas de marihuana, que arrojaron un peso neto de 9,1 gramos, resultó ser una consecuencia de los señalamientos, posteriormente consignados en una entrevista, que el ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — efectuó en su contra como la persona que le

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

había vendido el cigarro de marihuana, con el que fue sorprendido por unos policiales en el momento en el que se lo estaba fumando.

Pero es de anotar que dichos señalamientos, los que posteriormente se consignaron en una entrevista, que el ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — efectuó en contra del procesado se encuentran viciados de ilegalidad, por cuanto los mismos él no los hizo de la manera tan libre, voluntaria y espontanea como nos los quiere hacer ver el testigo ANDRÉS HERRERA MEZA, ya que su consentimiento se encontraba viciado como consecuencia de la implícita y vedada coacción a la que fue sometido por parte de los policiales, quienes le hicieron saber que lo iban a conducir hacia una estación de policía, dizque para verificar que era lo que él estaba consumiendo.

A lo anterior se le debe aunar que SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — cuando fue sorprendido fumándose un porro de marihuana, que arrojó un peso neto de 1,5 gramos, y por ende, según las voces del ordinal J del artículo 2º de la Ley 30 de 1.986, al no exceder de los 20 gramos, se podría catalogar como dosis personal, es factible concluir que no estaba llevando a cabo ningún tipo de actividad ilícita, y por ende los policiales no tenían ningún derecho de hacer lo que hicieron, o sea de conminarlo, con sutiles amenazas de arresto, de que les indicara quien fue la persona que le había vendido ese estupefaciente.

Lo anterior lo decimos por cuanto, a partir de la sentencia # C-221 del 05 mayo de 1.994 proferida por la Corte Constitucional, se despenalizó el consumo de la dosis personal de sustancias estupefacientes, ya que la tipificación como contravencional de ese tipo de comportamientos no *«se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí*

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro...»².

En el mismo sentido, no se puede pasar por alto que en la actualidad en materia penal no es factible reprochar el consumo de estupefacientes que rebasen los límites permitidos para la dosis personal, ya que *«en todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador...»³.*

En suma, para la Sala no existe duda alguna que el ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — no estaba llevando a cabo ningún tipo de actividad ilícita cuando fue interceptado por unos policiales, quienes lo conminaron, sin razón valedera, para que señalara a las personas que le habían vendido el cigarro de marihuana que estaba fumando en esos precisos instantes.

Tal situación, por ser manifiestamente contraria al debido proceso, viciaría de ilicitud todo aquello que el ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — les dijo a los policiales sobre las personas que le habían vendido

² Corte Constitucional: Sentencia # C-221 de 1.994. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de julio de 2.017. Rad. # 44997. SP9916-2017.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

la dosis personal de marihuana que estaba consumiendo, y por ende, acorde con los postulados de la aludida teoría de los frutos del árbol ponzoñoso, generaría, de manera derivaba, que los efectos de la mácula se harían extensivos a todos los "E.M.P." y demás evidencias físicas recaudadas como consecuencia de la ilegal manera como los agentes de la Fuerza Pública lograron que GUAPACHA AGUDELO delatara a la persona que le suministró a título de venta los estupefacientes, los cuales deben ser excluidos del proceso.

Otro aspecto que empañaría de ilicitud el hallazgo de las sustancias estupefacientes encontradas escondidas en unas escalas, es que ese hallazgo se derivó, y por ende tuvo su fuente, en una actuación ilegal como lo fue la captura de los ciudadanos ALEXANDER ARIAS HERNÁNDEZ y JOSE OMAR OSORIO HOYOS, la cual en momento alguno tuvo lugar bajo la egida de la flagrancia, por cuanto en el instante en el que dichos ciudadanos fueron capturados, como bien se desprende de lo atestado por el propio policial ANDRÉS HERRERA MEZA, ellos, ya sea de manera directa o inferida, no estaban realizando ningún tipo de conducta punible, porque no fueron sorprendidos traficando alucinógenos, sumado a que no se sabe si las sustancias estupefacientes encontradas estaban en un sitio próximo, aledaño o allende respecto de aquel en el cual se encontraban los indiciados⁴, y por ende, al no estar en presencia de ninguna de las hipótesis de captura en flagrancia de las que hace mención el artículo 301 del C.P.P. era claro que la aprehensión del ahora procesado se tornaba en ilegal por contrariar manifiestamente el mandato consignado en el artículo 28 de la Carta, según el cual:

"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento

⁴ Lo que remotamente podría dar pie para estructurar lo que se conoce como *flagrancia inferida*.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...”.

Estando claro que en el presente se debe aplicar la sanción procesal de la exclusión probatoria de los *E.M.P.* incautados por los policiales, o sea las sustancias estupefacientes encontradas en el sitio en donde tuvo lugar la captura del ahora procesado, así como el cigarrillo de marihuana incautado al ciudadano SERGIO ANDRÉS GUAPACHA AGUDELO — (Q.E.P.D.) — por cuanto, se reitera, el hallazgo de los mismos resultó ser una consecuencia de unas actuaciones manifiestamente contrarias al debido proceso, el tópico que le correspondería ahora a la Sala por esclarecer es sí los efectos de la sanción procesal de la exclusión probatoria de la evidencia física incautada se verían saneados si se aplicara la doctrina del descubrimiento inevitable⁵.

Para la Sala tal tesis no puede ser de recibo, debido a que en el presente asunto no se dan los presupuestos necesarios para la procedencia de dicha causal de saneamiento de la prueba derivada de una diligencia considerada como ilegal o ilícita, si se tiene en cuenta que los policiales que ejecutaron el procedimiento soportaron todas sus gestiones en una misma fuente investigativa, lo que contrastaría con los requisitos necesarios para la procedencia del descubrimiento inevitable, los cuales exigen la existencia de otra fuente, que podría ser un tanto especulativa, que vendrían siendo el producto de otras actuaciones investigativas adelantadas de manera paralela, en las cuales se hayan recopilados otros medios de conocimiento con los que fundadamente sea posible precisar que el hallazgo de la evidencia física cuestionada de todos modos se habría realizado en caso de que los policiales hubiesen actuado con respeto de la constitución y de las leyes.

⁵ Artículo 455 C.P.P.

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

La anterior imposibilidad, se debe a que el descubrimiento inevitable es una variante de la fuente independiente, como bien lo ha reconocido la doctrina en los siguientes términos:

«Aquí se trata de evidencia que si bien es cierto fue obtenida independientemente de la obtenida ilegalmente, como quiera iba a ser obtenida. El caso principal es *Nix v. Williams*. En este caso, la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación a la asistencia de abogado) sobre donde estaba el cadáver de la víctima. A base de esta información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente. **Luego la Corte Suprema caracterizó a la doctrina del “descubrimiento inevitable” como una especie de modalidad o extrapolación de la fuente independiente...»⁶.**

Por otra parte se podría decir que la Sala al aplicar en el presente asunto la sanción de la exclusión probatoria, estaría contrariando los postulados que orientan el principio de la preclusión o de la eventualidad, ya que ello es algo que se debe debatir es en la audiencia preparatoria, en cuyo devenir las partes, en especial la Defensa, guardaron un sonoro mutismo.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que se está en presencia de un simple y mero sofisma de distracción el cual desconoce que de manera excepcional quienes fungen como Jueces de Conocimiento pueden acudir a la exclusión probatoria en escenarios diversos de la audiencia preparatoria, como lo sería el de la valoración del acervo probatorio, siempre y

⁶ CHIESA APONTE, ERNESTO: Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y EE.UU. Volumen I: Pagina # 201 y 211. 1ª reimpresión. 1.995. Editorial Fórum. (Negrillas fuera del texto).

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

cuando se esté en presencia de comportamientos, que por su ilicitud, como aconteció en el *subexamine*, hayan generado graves afectaciones de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

Sobre dicho actuar excepcional que habilitaría para que los Jueces de Conocimiento pueden decidir sobre exclusiones probatorias en un escenario distinto del de la audiencia preparatoria, la Corte ha dicho:

“Es palmario que el recurrente parte de un supuesto equivocado al asegurar que, dado el carácter preclusivo de la audiencia preliminar de verificación de legalidad de la diligencia de allanamiento y registro, el juez plural no podía declarar la exclusión del elemento material probatorio recaudado en la misma, pues, si bien el juez de control de garantías tiene la facultad de examinar la legalidad de dicho acto de investigación y, el escenario propicio, para demandar la ilegalidad de los medios suasorios, a voces de los artículos 359 y 360 de la Ley 906 de 2004, es la audiencia preparatoria, mismo que no se aprovechó por la defensa para ese propósito, **es claro que, previo al ejercicio de valoración del acervo probatorio, los jueces, en sus sentencias, como garantes del debido proceso, están obligados a verificar su licitud y legalidad, dada la cláusula constitucional según la cual «es nula, de pleno derecho, toda prueba obtenida con violación del debido proceso»...**”⁷.

En fin, lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que los efectos de la ilicitud e ilegalidad del procedimiento adelantado por los policiales, se debe hacer extensivo a los hallazgos de las sustancias estupefacientes que posteriormente fueron incautadas como consecuencia de ese irregular operativo, y por ende, tales evidencias físicas y demás “E.M.P.” deben ser excluidos del proceso, tal y cual como lo ordenan el artículo 29 de la Carta, en consonancia

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 26 de septiembre de 2.018. AP4336-2018. Rad. # 53094. (Negrillas fuera del texto original).

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

con el artículo 23 del C.P.P. que consagran la sanción procesal de la exclusión probatoria.

Como consecuencia de la aplicación de la aludida sanción procesal de la exclusión probatoria, ello implicaría que al momento de apreciar el acervo probatorio se llegue a la conclusión consistente que en contra del encausado JOSE OMAR OSORIO HOYOS no existe ningún tipo de prueba, que de manera indubitable, lo incrimine en la comisión del delito por el cual fue convocado a juicio criminal por parte de la Fiscalía General de la Nación (F.G.N).

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión consistente en que el Juzgado de primer nivel no apreció de manera correcta el acervo probatorio, el cual, como bien lo pudo demostrar la Colegiatura, no satisfacía los requisitos exigidos por parte del artículo 381 del C.P.P. para que en contra del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS se pudiera dictar una sentencia condenatoria.

En ese orden de ideas, al tener la razón la Defensa en los reproches formulados en contra del fallo opugnado, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de revocar la sentencia confutada, para en su lugar absolver al procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en las calendas del primero (1º) de marzo de los corrientes por parte del Juzgado 7º

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JOSE OMAR OSORIO HOYOS por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, para en su lugar **ABSOLVER** al aludido procesado de los cargos por los cuales fue convocado, en el presente asunto, a juicio criminal por parte de la F.G.N.

SEGUNDO: ORDENAR que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones, lo cual relevaría a la Sala de la obligación de llevar a cabo la correspondiente audiencia de lectura del presente fallo de 2ª instancia.

TERCERO: DECLARAR que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los legitimados dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

Procesado: JOSE OMAR OSORIO HOYOS
Delito: Tráfico de estupefacientes.
Radicación # 66-001-60-00035-2010-004701-01
Procede: Juzgado 7º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado.

Firmado Por:

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **35cbd6f9ccd18620a1861f37e528de69e198dfcb7489134daaf560983f52b16f**

Documento generado en 08/05/2023 11:35:14 AM

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