

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Radicación: 13-430-6001118-2019-01548-G9 N° 0008 de 2022.

Tipo de decisión: Confirma sentencia.

Fecha de la decisión: 13 de julio de 2022.

Clase de proceso: FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Recuento de los parámetros demarcados por la jurisprudencia.

TIPICIDAD DE LA CONDUCTA LLEVAR CONSIGO/ ELEMENTO SUBJETIVO TACITO/ Se excluye de la previsión legal el comportamiento de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo.

TIPICIDAD DE LA CONDUCTA LLEVAR CONSIGO/Conforme a los pronunciamientos de la Sala Penal de la C.S.J, se han efectuado las siguientes precisiones probatorias: **(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.

FUENTE FORMAL/Artículo 376 CP.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Sentencia SP3433-2021, Sentencia de 18 de diciembre de 2000, radicación 12713, Sentencia de 9 de mayo de 2002, radicación 14934, CSJ SP497-2018, SP732-2018, SP025-2019, SP5400-2019, SP345-2020, SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, SP106-2020, ene. 29, rad. 56574, SP9916-2017, CSJ SP Rad. 35127 del 17 de abril de 2013.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022).

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

RADICACIÓN:	13-430-6001118-2019-01548.
I-TRIBUNAL:	G9 008-2022.
PROCEDENCIA:	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE MAGANGUÉ.
PROCESADOS:	LUIS ENRIQUE ACEVEDO JARABA Y ALVARO JAVIER PALENCIA ACEVEDO.
DELITO:	TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.
MOTIVO:	APELACION DE SENTENCIA CONDENATORIA.
PROCEDIMIENTO:	LEY 906 DE 2004.
APROBADO:	ACTA N° 120

1. VISTOS

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra de la sentencia, proferida el día 7 de junio del 2022 por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué, mediante la cual, condenó a los señores **Luis Enrique Acevedo Jaraba** y **Álvaro Javier Palencia Acevedo** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376.2 Código Penal).

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES PROBADOS

El 18 de agosto del 2019, siendo aproximadamente las 21:50 horas, en el Barrio San Pablo, carrera 45 A – 32 con calle 16, miembros de la policía de vigilancia de Magangué fueron alertados a través de una llamada de la central de comunicaciones del cuadrante, sobre la presencia de dos personas que estaban expendiendo sustancias alucinógenas, en vía pública, al dirigirse al lugar, varios ciudadanos que se encontraban adquiriendo el producto ilícito se dispersaron al notar la presencia de los policiales, estos procedieron a efectuar un registro personal a los señores Luis Enrique Acevedo Jaraba y Álvaro Javier Palencia Acevedo, hallando en el bolsillo del primero 15 bolsas plásticas con una sustancia grumosa color beige, en tanto al segundo, en una riñonera, le fueron halladas 16 bolsas con idéntica entidad.

La sustancia incautada a Acevedo Jaraba arrojó un peso neto de 40 gramos, en tanto, la que se encontraba en poder de Palencia Acevedo, lo fue de 39.5 gramos, ambas positivas para cocaína y sus derivados.



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. Por los anteriores hechos, El día 20 de agosto de 2019, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué Con Funciones De Control De Garantías, se legalizó la captura de los prenombrados. La fiscalía les imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376.2 Código Penal), modalidad **-llevar consigo-**. Cargo que no aceptaron. El ente persecutor no solicitó medida de aseguramiento.

3.2. Posteriormente, la fiscalía radicó el escrito de acusación, correspondiendo por reparto, al Juzgado Penal del Circuito de Magangué. Previo algunos aplazamientos, la fiscalía verbalizó la acusación a los procesados el día 21 de febrero del 2020, en los mismos términos imputados. Por otro lado, la audiencia preparatoria se evacuó el 19 de octubre del 2020.

3.3. La Audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones del día: 16 y 18 de mayo de 2022, en esta última calenda culminó el debate probatorio, se alegó de conclusión, fue emitido el sentido del fallo de carácter condenatorio y se evacuó el trámite de que trata el Art. 447 CPP.

3.4. El 7 de junio del 2022 se dictó la Sentencia condenatoria y contra ella, el defensor de los procesados interpuso recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término legal. Descorrido el traslado a los no recurrentes, el *a quo* concedió el recurso de apelación, correspondiéndole su conocimiento por reparto, a esta Sala.

4. LA SENTENCIA APELADA

Luego de analizar la estructura típica del punible objeto de investigación y juzgamiento, el *a quo* consideró que las pruebas demuestran de manera inequívoca la existencia del mismo, en la modalidad de “*llevar consigo*”, conforme se extrae de las declaraciones del patrullero **Jorge Darío Gómez Rivera, Iván Galvis Mora y Oswaldo Matías Pico de la Hoz.**

Del testigo **Gómez Rivera** destacó que fue la persona que participó en la captura de los procesados, y narró las circunstancias en las cuales esta se produjo, cuando encontró en su poder la sustancia alucinógena, así mismo explicó que se mantuvo en todo momento el procedimiento de cadena de custodia.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

En punto al cuestionamiento de la defensa, relacionado con que no fue este policial el que dio captura a su defendido, **Álvaro Javier Palencia Acevedo**, la Juez consideró que bien podía brindar esta información, al tiempo que no existía motivo alguno para presumir que el policial tenía algún interés en perjudicar a los enjuiciados.

Explica que no se acreditó que la droga era para el consumo personal de los procesados, aunado a que traspasaron su privacidad al ser sorprendidos en vía pública.

Contrastó el testimonio del agente captor con el del procesado **Palencia Acevedo**, decantándose por el primero, pues el procesado en su afán de exculparse, podría mentir para evadir las consecuencias penales, aunado a que el dicho del **patrullero Gómez Rivera**, se encuentra corroborado con las actas de derechos del capturado y las actas de incautación de sustancias, las cuales fueron suscritas por los enjuiciados, y no fueron enervadas por la defensa de manera sustancial, pues solo se adujo por parte del letrado que, las actas fueron también suscritas por el policial Iván José Fuentes Granadillo, sin que se hubiese enervado que el testigo Gómez Rivera intervino en tales pesquisas igualmente.

Precisó, además, que se encontraba demostrado que la cantidad de estupefaciente sobrepasaba la dosis de uso personal, conforme al testimonio del funcionario del CTI **Iván Galvis Mora**, quien adelantó la prueba PIPH, arrojando este peso neto de 40.0 y 39.5 gramos, positivo para cocaína y derivados.

Desechó el cuestionamiento de la defensa, en punto a que se necesitaba la introducción del documento escrito que contenía el informe del perito, aclarando que le fue dado en traslado desde la audiencia de acusación, sin que precisara que duda acerca de los planteamientos del perito le asistían y sin que minara la credibilidad del mismo, concluyendo que conforme al principio de libertad probatoria, no tiene necesariamente que incorporarse dicho informe, porque en todo caso la parte interesada llevará al perito y el dictamen ingresará con su dicho, conforme al Art. 415 CPP.

Además, valoró el testimonio del perito químico **Oswaldo Matías Pico de la Hoz**, quien practicó pericia de cromatografía de gases, concluyendo que la sustancia es cocaína, sin que se controvirtiera tal conclusión, e indicó que siempre se respetó la cadena de custodia, lo que, en todo caso, no abarcaría una ilegalidad del medio, sino su autenticidad.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Así las cosas, concluyó que a los procesados se les sorprendió en flagrancia llevando consigo cocaína y sus derivados, en un peso superior a la dosis personal, conforme al Art. 2 literal J de la Ley 30 de 1986: *“Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos, la de marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda de un (1) gramo...”*

En cuanto a la antijuridicidad, recalcó que en este caso se puso en peligro la salud pública, al serles incautadas a los procesados pequeñas bolsas plásticas – 15 y 16-, en inmediaciones de un establecimiento comercial, lo que generaba un riesgo efectivo, siendo que fueron distribuidas en formas proporcionadas, orientadas a la distribución o tráfico, sin que se acreditara por la defensa que los procesados eran farmacodependientes, aunado a que fueron encontrados junto con otras personas, que al ver la presencia de los policiales se dieron a la huida.

Respecto a la culpabilidad, explicó que los agentes actuaron con dolo, siendo la conducta entonces típica, antijurídica y culpable. cumpliendo de esta manera las exigencias del Art. 372 CPP.

Por lo anterior, condenó a los prenombrados a la pena de 64 meses, multa de 2 SMLMV y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal señalada.

Finalmente, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por su improcedencia objetiva conforme al monto de la pena.

5. DE LA APELACIÓN

El disidente solicita que se revoque la sentencia de primer grado, y en su lugar se absuelva a sus defendidos, conforme a los siguientes reparos:

(i) Errónea apreciación de la prueba. Refiere que no se apreciaron correctamente las pruebas, debido a que la sentencia se fundamentó en el testimonio del patrullero Gómez Rivera, quien informó haber capturado al señor Palencia Acevedo entre tanto, que al señor Acevedo Jaraba fue capturado por el patrullero Fuentes Granadillo, por lo tanto, considera que el testigo no estaba habilitado para declarar sobre aspectos que desarrolló su compañero, ello porque la captura es un acto complejo y debe hacerse de una manera rigurosa con miras a que *“no se caiga la captura”*.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Expone que el escenario nocturno que dibuja los hechos, aunado a que no había servicio en el estadero, supone la existencia de poca luminosidad, por lo que, según indica, no se pudo probar la captura del señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba**, pues su agente captor, Fuentes Granadillo, no depuso en el juicio oral, aunado a que no se acreditó que la firma estampada en las actas de derechos del capturado, de incautación y de cadena de custodia, pertenecieran a este patrullero, sin que se sepa si este participó o no en el procedimiento.

(ii) En cuanto a la **prueba preliminar PIPH**, se duele de que el perito Iván Galvis Mora, no explicara las bases de su experticia, aspecto fundamental para darle credibilidad, aunado a que omitió referirse a las sustancias encontradas al señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba** y no hizo referencia a los métodos utilizados en la sustancia que le fue encontrada.

Repara que era importante que con el testigo se introdujera el informe técnico de PIPH, pues a falta de este, no podía practicarse una prueba definitiva, ni tampoco el testimonio del perito, pues resulta necesario confrontar su dicho con lo anotado en su informe.

(iii) Refiere que la **cadena de custodia**, genera la exclusión de lo incautado, por tratarse de un protocolo conformado por varios pasos que dotan de autenticidad y legalidad la prueba, siendo patente que aquí se vulneró la misma, pues existe un deber de los funcionarios de acatar dicho protocolo sin que este pueda omitirse, aspecto que no se subsana con el simple dicho de estos en el juicio.

(iv) En cuanto a la **valoración testimonial**, repara que, el *a quo* invirtió la carga de la prueba, ya que en este caso no se demostró que sus defendidos no fuesen consumidores, o que el estupefaciente incautado tuviese un fin comercial, pues del testimonio del procesado **Palencia Acevedo**, se puede concluir que era consumidor y que no fue aprehendido en el lugar anotado por el policial captor, aunado a que no conocía al señor **Acevedo Jaraba**.

5.1. Los no recurrentes no se pronunciaron.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia. Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906 del 2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

apelaciones contra las sentencias proferida por los Juzgados Penales del Circuito, de este Distrito Judicial.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

6.2. Deberá verificar la Sala si: **(i)** se entiende que, efectivamente, en el campo estrictamente fenoménico, se ejecutó una acción o conducta con efecto penal, **(ii)** los acusados realizaron una específica y concreta acción expresamente atribuida a ellos, que configuró dicha conducta, **(iii)** si en ellos concurre el ánimo específico de llevar consigo estupefaciente con miras a comercializarlo, **(iv)** estudiar si el hecho comporta antijuridicidad material y **(v)** si es posible determinar que los procesados obraron con plenos conocimientos y voluntad, sin que causal alguna de exculpación acceda a su favor.

6.3. Previo a abordar el mencionado estudio, la Sala hará un recuento, de los parámetros que la jurisprudencia ha demarcado¹, en relación al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para luego, elucidar si se encuentran acreditados los elementos necesarios para predicar la responsabilidad penal de los enjuiciados, conforme a los reproches planteados por la defensa.

Prevé el Art. 376 CP el punible en mención:

ARTICULO 376. TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.² *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

¹ Se hará cita parafraseada de la reciente sentencia SP3433-2021.
² Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

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.

Conforme lo demanda un necesario estudio dogmático del tipo, es oportuno precisar que, de manera alternativa, el legislador previó las posibles modalidades de comportamiento que podría desarrollar el sujeto activo, las cuales son: (i) introduzca, (ii) saque, (iii) transporte, **(iv) lleve consigo**, (v) almacene, (vi) conserve, (vii) elabore, (viii) venda, (ix) ofrezca, (x) adquiera, (xi) financie y (xii) suministre; lo cual implica que con la sola selección de uno de ellos se podría predicar ejecutado o consumado el delito.

Bajo esta senda, la Corte ha precisado lo siguiente:

“... la conducta descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 (...) se trata de un delito de conducta alternativa que está integrado por varios verbos rectores, donde cada uno configura una conducta autónoma e independiente. Al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito. La norma no demanda la presencia de un dolo específico, pues basta con la voluntad de cumplir el acto que por sí solo se conoce contrario a la ley”³.

“... los actos de introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título droga que produzca dependencia, comportan la realización de delito autónomo así se trate de actuaciones concatenadas y progresivas hacia un fin determinado, se constituyan pasos previos para ejecutar el siguiente, o se ejecuten de manera individual o como parte de la distribución de tareas en una empresa criminal”⁴. (CSJ SP, 23 jun. 2010, Rad. 31352)

Ahora bien, desde la sentencia SP2940-2016, rad. 41760, dando aplicación a los parámetros jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la decisión C-574-2011, esta Corporación ha propugnado por tratar al consumidor de sustancias estupefacientes, con mayor razón si es adicto, como sujeto de especial protección que, por ende, debe ser destinatario de medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, no de sanciones jurídico-penales.

Es en esa perspectiva, donde se ha entendido 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. En la citada sentencia de casación se explicó que:

(...) a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica, ...

(...).

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida

³ Sentencia de 18 de diciembre de 2000, radicación 12713.

⁴ Sentencia de 9 de mayo de 2002, radicación 14934.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

dentro de la descripción del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

(...).

... para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo”

En la sentencia SP3605-2017, rad. 43725, se indicó con mayor precisión y claridad que lo importante es que la tipicidad de toda acción de llevar consigo estupefacientes que se ajuste a la descripción objetiva del artículo 376 del Código Penal dependa del fin exteriorizado por el autor. Pero no tanto de un propósito de consumo propio como criterio excluyente de responsabilidad, sino de la verificación por parte de la Fiscalía de una conducta pre-ordenada al tráfico de estupefacientes.

Del mismo modo, en sentencia SP9916-2017 rad. 44997, el alto tribunal explicó:

(...)la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal lo que se conoce en la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

(...).

De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin de la norma”

Por lo anterior, la Corte ha reiterados que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo; por lo que, su tipicidad “no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita”, aunque insistiéndose en que el factor cuantitativo no puede menospreciarse, “pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador”.

En resumen, “la tipicidad de la conducta de **llevar consigo** sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad”⁶ Tal postura apareja dos precisiones probatorias: **(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.⁷

6.4. Caso concreto

Luego de precisar el concepto de la tipicidad en la conducta de tráfico fabricación y porte de estupefacientes, la Sala desarrollará los aspectos objeto de impugnación.

La práctica probatoria la componen los testimonios del patrullero **Jorge Darío Gómez Rivera** y los peritos **Iván Galvis Mora** y **Oswaldo Matías Pico De La Hoz**, como testigos de cargo, entre tanto como de descargo, tenemos al procesado **Álvaro Javier Palencia Acevedo**. Por lo tanto, estos son los testimonios que debe analizar la Sala, en aras de fundamentar la Sentencia de segunda instancia, que conformará una unidad inescindible con la de primer grado.

6.4.1. Tipicidad. Corresponde definir al Tribunal si *¿llevaban consigo los señores Luis Enrique Acevedo Jaraba y Álvaro Javier Palencia Acevedo cocaína, con el fin de comercializarla?*

Para la Sala, está probado que los aquí enjuiciados, sí llevaban consigo la mentada sustancia estupefaciente, y lo hacían con el fin de comercializarla, por lo tanto, se anticipa que se encuentra acreditada la tipicidad en su cariz objetivo y subjetivo, para arribar a dicha conclusión, procede la Sala a analizar la prueba, que fue legalmente practicada en juicio y también de buena manera desarrollada por la funcionaria de primer grado.

Es así como el día 16 de mayo del 2021 declaró en la audiencia de juicio oral el patrullero **Jorge Darío Gómez Rivera**, esta persona, quien trabajó como agente de policía desde el 3 de mayo del año 2014 hasta el día 20 de diciembre del 2021, estuvo asentado

⁶ SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760.

⁷ SP106-2020, ene. 29, rad. 56574.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

en el Municipio de Magangué desde el 5 de junio del 2019 al 3 de agosto del 2021, y en dicho interregno participó para el 18 de agosto del 2019⁸ en la captura de los señores **Luis Enrique Acevedo Jaraba y Álvaro Javier Palencia Acevedo.**

Es así como procede a narrar las siguientes percepciones personales y directas que tuvo la oportunidad de vivenciar:

*“ese día fue precisamente el día 19 de agosto del 2019 aproximadamente eran las 21:50 de la noche ... nos encontrábamos realizando servicio de arresto y control en el barrio san pablo, como patrulla de vigilancia 24 que era mi cuadrante asignado, recuerdo muy claramente que recibimos una llamada del teléfono del cuadrante, donde nos estaban informando que habían a los lados del estanco del establecimiento comercial conocido como el tambo, habían unos sujetos comercializando sustancias alucinógenas nosotros nos dirigimos a ese lugar, nos habían explicado por la llamada telefónica que los señores había, y que se vestían con un suéter blanco con líneas azules y que particularmente quien contenía la gran cantidad de estupefaciente, era un señor que tenía la cara tatuada y que en la cara tenía una tela de araña y que se le conocía como Varela, **cuando nosotros llegamos al sitio, nos dimos cuenta de que efectivamente en la zona oscura que estaba al lado del establecimiento se encontraban esos dos sujetos y que al lado se esos dos sujetos habían otras personas más, cuando notaron la presencia de la patrulla estos se lanzaron hacia la carretera y otros tomaron por el lado del lote baldío que está allí y fue necesario pues utilizar la motocicleta para alcanzarlos y pues logramos hacerles la requisa, recuerdo muy bien que uno de los señores tenía una riñonera color negra, y dentro de esa riñonera estaba el estupefaciente...**”*

A causa de pregunta del fiscal, en punto a que precisara como arribaron a los sujetos, precisó el testigo que logró observar alrededor de los aquí procesados, a varias personas, reunidas en la zona oscura en el que se ubicaban *“al momento que nosotros llegamos, hicimos el arribo al lugar, **logramos observar varias personas, que estaban reunidas en una zona oscura,** y pues el nerviosismo que mostraron porque empezaron a correr, nos indican que ese era el lugar y que esas eran las personas a las que teníamos que requisar”*

En el conainterrogatorio, precisó que el sector el tambo donde se encontraban reunidas estas personas *“es un establecimiento abierto al público, un estadero de expendio y consumo de bebidas embriagantes”*, además, que quienes se dieron a la huida eran en número, entre 4 y 5 ciudadanos.

⁸ Pese a que el testigo indica que el hecho se produce el 19 de agosto del 2019, en su declaración una vez es refrescada su memoria, corrige y da cuenta que este tuvo lugar el día anterior, aspecto que, además, no fue confutado por la defensa en el conainterrogatorio, ni en la apelación.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Por otro lado, destaca que estas personas huyeron, al tiempo que, junto a su compañero Iván José Fuentes Granadillo requisaron a los procesados *“si señor descendemos de la moto, les pedimos que nos permitan una requisita voluntaria, y se le encuentra al señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba en su bolsillo derecho 15 bolsas plásticas con una sustancia grumosa posterior a ello continuamos con el registro al señor Javier Palencia y quien portaba una riñonera atravesada en su pecho y dentro de esa riñonera en la parte izquierda poseía 16 bolsas plásticas de una sustancia igual a la que se había encontrado al primer particular**”*, el policial destaca que las bolsas plásticas en las cuales se hallaba la sustancia grumosa y que llevaban consigo los procesados estaban fraccionadas.

Lo siguiente que corresponde precisar, es que da cuenta el policial, que se procedió inmediatamente a la incautación de las bolsas contentivas de la sustancia, y a la captura de los implicados, narrando que se procedió con su embalaje y rotulo. Además, explicó que adelantados los actos urgentes que eran de su resorte, procedió a entregar la incautación a los agentes del CTI.

La información que brinda este testigo, fue documentada, en el informe FPJ5 del 18 de agosto del 2019, contentivo del informe de policía y vigilancia en casos de captura en flagrancia, la cual, como conoce la Sala, no es prueba documental, sino que corrobora, la actividad adelantada por el testigo en su calidad de agente de policía, pues lo que ingresa al juicio oral, en este caso, es el espontaneo relato que sobre los hechos realizó.

Con el testigo ingresaron las siguientes pruebas documentales **(i)** dos actas de derechos del capturado de los aquí procesados, documento del cual reconoció su firma, y cuya mismidad no fue cuestionada en forma alguna por el defensor; **(ii)** 2 actas de incautación de las cuales reconoció su firma e indicó igualmente que los procesados suscriben cada una de ellas, la del señor **Álvaro Javier Palencia Acevedo**, da cuenta de la incautación de 16 bolsas con una sustancia grumosa de color beige; en tanto al señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba**, da cuenta el acta que le fueron incautadas 15 bolsas transparentes con el mismo material; **(iii)** Registro de cadena de custodia, mediante la cual, a voces del patrullero deponente, se puso a disposición del CTI la sustancia incautada, debidamente embalada y rotulada, así mismo en el conainterrogatorio precisó el embalaje se produjo en bolsistas six- pack las cuales portaban en el maletero para el aseguramiento del elemento.

Cabe resaltar, que jamás se puso en duda que no se tratara de la firma del gendarme o de los procesados, debido a que la defensa no refutó estos aspectos de ninguna manera.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

El fiscal preguntó al testigo, si estuvo acompañado durante el procedimiento que adelantó a lo que respondió *“si, mi compañero de patrulla el señor Fuentes Granadillo”*.

En el escenario del conainterrogatorio, la defensa cuestionó aspectos relacionados con la presencia de los policiales en una zona ajena a su cuadrante, a lo que el deponente explicó *“nosotros como patrulla de vigilancia del cuadrante, tenemos una cierta geografía donde nos podemos movilizar pero dentro de ese mismo modelo, tenemos la facultad de solicitarle al jefe inmediato de vigilancia para podernos desplazar a otro cuadrante a apoyar otra patrulla o en su defecto, atender un requerimiento de un ciudadano por que la otra patrulla este ocupada o porque en su momento se esté cometiendo un acto ilícito, por esa razón”*; además puntualizó que surgió la necesidad de dicho traslado de la unidad debido a que *“la patrulla de ese sector se encontraba atendiendo otro requerimiento en ese momento por eso nos movilizamos nosotros”*, sin que se profundizara o auscultara algún ápice sustancial en este cuestionamiento.

La defensa preguntó al testigo si durante su arribó al lugar de los hechos, hizo algún llamado que propiciara que las personas que dijo, se encontraban allí salieran corriendo, a lo que contestó: *“nosotros llegamos, el sonido de la motocicleta policial es reconocida a distancia por la ciudadanía y mucho más por el delincuente, entonces la simple presencia, el simple momento de nosotros arribar hacia el lugar pues la gente se percata y empezaron a huir, como dije en la anterior declaración, mi compañero desciende, yo en la motocicleta sin aún bajarme, me acerco hacia donde estaban las personas”*

Precisa el deponente a pregunta de la defensa que capturó a uno de los procesados, siendo este la persona *“que tenía un tatuaje en la cara al señor que le decían Varela”*; entre tanto, su compañero Iván José Fuentes Granadillo detuvo al segundo. Además, explica que al capturarlo desciende de la motocicleta y le realizó la requisita. Mientras que al otro procesado **Luis Enrique Acevedo**, lo requisó directamente su compañero.

El defensor intentó cuestionar como era posible que pudiese dar cuenta de la sustancia hallada al señor **Luis Enrique Acevedo**, si no lo requisó, a lo que respondió el testigo *“no señor, estábamos los dos y yo estoy observando donde estábamos encontrando la sustancia... yo presto seguridad mi compañero requisita primero, cuando el termina yo presto seguridad y él requisita con posterioridad”*

De otra guisa, cuestionó la defensa que no se hubiese tomado fotografías de la riñonera en la que estaban las bolsas con la sustancia incautada, y el testigo respondió que *“en el momento se aportó como evidencia, pero no se levantó material fotográfico”*.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Finalmente, el defensor contrainterrogó respecto a la firma contenida en el registro de cadena de custodia, a lo que el deponente informó que no había suscrito la misma, sino que lo hizo de su compañero Iván José Fuentes Granadillo; igualmente el letrado cuestionó de quien era la firma en el informe de captura en flagrancia a lo que el policial refirió *“a su mano derecha en la parte superior firmo yo, abajo firma el señor Iván José Fuentes Granadillo, a mano izquierda firma el señor capturado”*.

Analizado por esta Sala en su integralidad el testimonio de uno de los agentes captadores, ninguna razón le asiste al recurrente, al considerar que, por el hecho de haber realizado la captura del señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba** su compañero de patrulla Fuentes Granadillo, no estuviese el deponente habilitado para declarar sobre la aprehensión de este, y las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon tal acontecer, junto a los consecuentes hallazgos encontrados en el procedimiento.

El censor argumenta que la captura es un acto complejo, y que por tal razón debe ser rigurosa, frente a lo cual la Sala precisará que aquí no se está discutiendo la legalidad o no de tal acto, pues para ello existió en su momento el escenario de confrontación ante el Juez de Control de Garantías.

Al margen de ello, se indica que ninguna irregularidad o refutación esgrimió el defensor en el marco del contrainterrogatorio, más allá de intentar mostrar ajeno al agente captador de uno de sus defendidos, **Acevedo Jaraba**, quien una vez fue cuestionado, acerca de cómo pudo presenciar la captura del co- procesado en mención, explicó que se encontraba a escasa distancia de su compañero prestándole seguridad, con lo cual, es palmaria la oportunidad que tuvo de percibir con sus sentidos el hallazgo y la captura del ciudadano referido, así como las condiciones antecedentes y consecuentes que rodearon el hecho. Se itera, porque está acreditado que siempre se encontró cerca de su compañero, pues al ser el conductor de la motocicleta de patrullaje, pudo dar cuenta de cómo arribaron al lugar, la captura producida, las personas que se encontraban en el lugar, y en particular, la forma en la que se encontraba porcionada la sustancia grumosa.

Por lo tanto, para la Sala, el testigo sí se encontraba habilitado para deponer, no solo sobre la captura que materialmente realizó sobre Álvaro Javier Palencia Acevedo, sino también sobre la efectuada por su compañero, pues se trata, se itera, de un procedimiento único, del cual, ambos bien podrían dar cuenta, eligiendo en este caso la fiscalía, a uno de ellos, quizás para darle celeridad al desarrollo probatorio del juicio, teniendo en cuenta lo reiterativo que hubiese sido traer al entonces compañero del deponente, para que atestiguara en idéntica forma.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Ahora bien, teniendo en cuenta que era de noche, tal como lo relató el testigo, aproximadamente las 21:50 horas, no entiende la Sala de donde extrae el defensor que el establecimiento comercial conocido como el tambo no se encontraba en servicio, pues de ningún medio de conocimiento se desprende tal conclusión, al margen de ello, tenemos que la captura se produce, a voces del agente captor en inmediaciones a ese lugar, y tal como se desprende de su relato, al margen de las condiciones nocturnas del sector, pudo con claridad identificar a los aquí procesados, por además venir ya referenciados a partir de las descripciones que de los mismos evocó la radio del cuadrante.

En conclusión, la valoración errónea de la prueba que señala el disidente, no es tal, pues no era necesario que la fiscalía trajera también al patrullero Fuentes Granadillo a declarar.

Es que si bien se cuestiona que no sea la firma del patrullero Jorge Darío Gómez Rivera en el registro de cadena de custodia, recuérdese que ello lo que pone en vilo eventualmente es la mismidad del elemento y en este caso, fue conciso el testigo en señalar que se ocupó junto a su compañero de embalar y rotular la sustancia grumosa, y ello encuentra fuerte armonía en las actas de incautación de la sustancia, que, corroborando su dicho, se encuentran suscritas tanto por el cómo por su compañero de patrullaje y por los procesados, rubricas que no fueron cuestionadas de ninguna forma por la defensa en el contrainterrogatorio, pues a modo de alegación sin base alguna en el recurso refiere que no se acreditó que la firma del patrullero Iván Fuentes Granadillo sea auténtica, cuando precisamente de haber tenido algún cuestionamiento sobre tal elemento, debió desplegar actividades probatorias encaminadas a acreditar lo pretendido, sin que este argumento tenga entonces, conforme se explicó, la entidad suficiente para enervar la mismidad de la incautación y menos, el relato espontaneo brindado por el agente captor.

Hasta aquí se ha acreditado, que Luis Enrique Acevedo Jaraba y Álvaro Javier Palencia Acevedo llevaban consigo al momento de su captura, el primero 15 bolsas transparentes y el segundo 16 bolsas, contentivos de una sustancia grumosa color beige, la cual fue incautada y sometida a cadena de custodia por los agentes captores, quienes la embalaron y rotularon con destino al CTI.

Lo siguiente que corresponde precisar en este acápite de la tipicidad, es si se acreditó que tipo de sustancia fue la que se incautó a los procesados y finalmente si concurre en este caso el elemento subjetivo tácito que dispuso el legislador al excluir de la previsión legal el comportamiento de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo.



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

La Sala valorando las pruebas periciales arrimadas a la actuación encuentra acreditada la naturaleza de la sustancia, siendo que se trataba de cocaína. Para arribar a tal conclusión se valorará integralmente el testimonio del perito del CTI **Iván Galvis Mora** y del también perito **Oswaldo Matías Pico De La Hoz**, el primero practicó prueba preliminar homologada a la sustancia y el segundo realizó la pericia química definitiva.

Respecto al primer testigo, **Iván Galvis**, quien se desempeña como técnico investigados II en el CTI, explicó que para la fecha se encontraba de turno en la unidad de actos urgentes, cuando la policía de vigilancia, hizo presencia con un informe de captura en flagrancia, colocando a disposición a dos ciudadanos, y algunos EMP, concretamente, una sustancia que les fue incautada a aquellos, las cuales fueron recibidas debidamente embaladas y rotuladas.

Valga indicar, que lo indicado por el testigo, guarda completa correspondencia progresiva con lo informado por el entonces patrullero de la policía nacional **Jorge Darío Gómez Rivera**, y, en consecuencia, el elemento entregado, conserva la mismidad, cuestionada por el defensor.

El deponente, narró además, que practicó prueba PIPH a las sustancias que fueron recibidas, dando cuenta que *“se hicieron dos pesajes, inicialmente la del señor Luis Acevedo Jaraba, la droga que le fuera incautada a él se fijó fotográficamente como se recibió la sustancia”* y se recibió *“con su cadena de custodia, rotulo y embalaje en una bolsa de papel y en su interior se encontraron aproximadamente **15 bolsitas plásticas con una sustancia sólida**, se procedió a tomar el pesaje en bruto de la sustancia incautada”* Esta sustancia conforme lo informó el perito arrojó un peso bruto de 46.8 gramos y uno neto de 40 gramos; en cuanto al procedimiento realizado a la sustancia, que, digase, coincide con la incautada por los policiales referidos, se le realizó prueba con reactivos de Tanred, explicando el perito que *“se le agregan unas gotas de agua, lo cual inicialmente una muestra de esta sustancia arroja un color amarillo lechoso, lo que indica que es preliminarmente positivo para alcaloide, se tomó otra porción de la sustancia y se le aplicó el reactivo de top, lo que arrojó un color azul turquesa, lo que indica que es preliminarmente positivo para cocaína y derivados”*

Respecto al señor **Álvaro Palencia Acevedo**, señaló que recibió un total de 16 bolsas plásticas con rotulo de cadena de custodia *“se procedió a analizar el peso bruto de dicha sustancia la cual arrojó un peso bruto de 44.2 gramos se toma el peso neto de la sustancia la cual arrojó un peso neto de **39.5 gramos arrojando positivo para cocaína y derivados**”*.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Precisó el testigo, que toda la información la dejó plasmada en el informe de investigador de campo de fecha 19 de agosto de 2019 donde fijó fotográficamente la evidencia.

En este momento valorativo, queda acreditado que la sustancia incautada resultó preliminarmente positiva para cocaína. Sin que la defensa confutará tal conclusión a la que arribó el perito del CTI, durante el contrainterrogatorio o con cualquier otro medio de prueba. Ahora en la apelación, se duele de que el perito **Iván Galvis Mora**, no explicara las bases de su experticia, aspecto que considera fundamental para darle credibilidad, sin embargo, debe recordar la Sala, que la función del contrainterrogatorio, es la de confrontar aquellas afirmaciones o dichos que emanan del interrogatorio, siendo la forma de control y ejercicio de la igualdad de armas, en el debate probatorio.

Dicho esto, si el testigo a pregunta de la fiscalía, manifestó tener un curso que lo habilitaba para la presentación de las pruebas preliminares e igualmente refirió haber realizado un informe de investigador de campo, cuyo traslado se efectuó a la defensa desde las etapas previas a la instalación de la audiencia del juicio oral, si al defensor, luego de las conclusiones y exposiciones realizadas por el perito, le quedaba alguna duda acerca de su idoneidad o de las bases empleadas, debió formular preguntas encaminadas a precisar aquellos aspectos, sin que sea necesario ahora, que busque generar una especie de irregularidad, fundada en el hecho de que no se hubiese ingresado el informe pericial que este profesional realizó, para intentar minar de alguna forma la práctica de la prueba definitiva, bajo la afirmación de que no basta con el testimonio del perito, pues resultaba imperioso confrontar su dicho con lo anotado en su informe. Precisamente la defensa no confrontó el contenido pericial, por voluntad propia, como ahora lo extraña.

Al margen de ello, debe reconocer la Sala, que la fiscalía, omitió, conforme lo dispone el Art. 417 CPP inquirir al perito sobre: **1.** los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto; **2.** los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables; **3.** los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación, aspecto este que la Sala no puede perder de vista.

No obstante, lo anterior, sí se auscultó sobre: **1.** Los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto; pues, el fiscal de manera ligera, preguntó al perito si tenía alguna capacitación en la realización de pruebas preliminares, y este manifestó que había realizado un curso que lo capacitaba para ello, sin haberse ahondado en nada más por las partes; **2.** los métodos empleados



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

en las investigaciones y análisis relativos al caso; pues el perito explicó de manera clara los reactivos a los que fue sometida la muestra de la sustancia a efectos de precisar que esta arrojó positivo para cocaína.

El defensor, en sus argumentos pretende restarle fuerza al aserto al que llegó el *a quo*, según el cual, la sustancia encontrada a sus defendidos era cocaína, sin embargo, de manera estratégica omite dar cuenta de la prueba final practicada a la sustancia, pues si bien, como lo encuentra la Sala, la fiscalía cumplió medianamente su rol al interrogar al perito que practicó la PIPH, no es menos cierto, que la sustancia fue sometida a un análisis químico final al que la defensa no aludió sustancialmente en el recurso.

Y es que, la fiscalía acreditó a través del testimonio del perito químico **Oswaldo Matías Pico De La Hoz**, que, bajo un examen definitivo a la sustancia, esta era positiva para cocaína y sus derivados.

El perito dejó sentada su experiencia, de 24 años de trabajo en el CTI en el área química de la entidad, es de profesión químico farmacéutico, lo que le da competencia para dichas experticias. Fue el encargado según lo informó en el juicio, de realizar dos informes de laboratorio de fecha 6 de marzo del 2020, rotulados con el N° 6811 y 6812.

Seguidamente, describió que el ítem N° 4 del informe en mención, y procedió a detallar la manera en la que llegaron las muestras al laboratorio: **(i)** *“en el caso de la 6811 que es el informe N° 8 208436... se recibió un sobre de policía judicial N° 47037 que estaba provisto de un rotulo tricolor 571242 que contenía una bolsa plástica transparente en su interior, llegó con su respectiva cadena de custodia y para el análisis nosotros la identificamos como número 1”*; entre tanto **(ii)** *“para el informe de laboratorio con orden 6812 del informe 8208437, llegó también con una (inaudible) policía judicial 427038 que esta provista de un rotulo 571243 que contenía una muestra sólida en su interior con su respectiva cadena de custodia”*. Finalmente, refirió que las muestras estaban debidamente embaladas y rotuladas.

A su turno, respecto al procedimiento realizado, explicó el perito químico que se hizo *“la descripción física de la sustancia, tanto en la orden de trabajo 6812 y 6811, la 6811 llegó con un peso neto de 4 gramos en forma de polvo color blanco y la orden 6812 llegó una muestra con un peso neto de 4,8 gramos, era de un color blanco en polvo, posteriormente que se realiza, se hacen unas pruebas preliminares que son pruebas de orientación para saber qué tipo de sustancia es y así analizar la técnica analítica instrumental material de referencia para compararlo, en este caso se hacen las pruebas preliminares tanto a cada una las sustancias, lo cual arrojó que dio preliminarmente positivo para cocaína ambas, y se confirma con la técnica de análisis instrumental cromatografía de gases masas, como preliminarmente nos dio cocaína utilizamos material de*



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

referencia debidamente certificado, entonces comparamos pasamos tanto las muestras como el material de referencia, nos va a arrojar un tiempo de retención y una fragmentación, el tiempo de retención de las muestras son iguales al tiempo de retención y la fragmentación del material de referencia del material de referencia, entonces se concluye que la muestra correspondía a cocaína, tanto la muestra de orden de entrada 6811 y 6812”

No cabe duda entonces, que aquella sustancia grumosa, hallada primeramente por los agentes de policía, que transitó en la labor investigativa por el perito PIPH para la prueba de identificación preliminar, y que finalmente llegó a manos del perito químico **Pico De La Hoz** debidamente rotulado y embalado, se trata de la misma y no de otra, sumado a que resultó positiva para cocaína y sus derivados.

La defensa, no hizo uso del contrainterrogatorio, por lo tanto, no refutó siquiera mínimamente la mismidad de la sustancia, tampoco la base pericial o las conclusiones a las que arribó el perito luego de la explicación procedimental, técnica y científica sobre la que ilustró.

Ahora bien, en lo tocante al gaseoso cuestionamiento que realiza el apelante acerca de la cadena de custodia, la Sala considera pertinente, citar la Sentencia SP4352-2021, dentro de la cual, la Corte explica que los reproches que sobre este modo de aseguramiento de evidencia recaigan, repercute en la aptitud de la prueba, pero no en su legalidad.

“Sobre el particular, conviene recordar que esta es una garantía que comprende un conjunto de procedimientos que aseguren y demuestren la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física a cargo de los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso penal, desde cuando se recolecta los medios de prueba y finaliza con el juez de la causa. Por ello, ha estimado esta Sala que «al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo».

*Así mismo, la Corte ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física **no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio.***



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Adicionalmente, sobre el ejercicio e incidencia en la valoración probatoria de los medios de convención respecto de los cuales recae la cadena de custodia, se ha dicho que:

*(...) la ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, **no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción.***

Por eso, en uno y otro evento, varían los efectos de no observar los procedimientos legalmente establecidos, pues si se incumplen los primeros, esto es, el debido proceso probatorio, la solución ha de ser la exclusión del elemento, pero si se pretermiten los mecanismos y procedimientos de cadena de custodia lo que se afecta es su aptitud demostrativa. De ahí que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de tiempo atrás, “en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad”.

*Así las cosas, el ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, **sino que la autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación.*** (CSJ SP Rad. 35127 del 17 de abril de 2013)

*Con todo, si por alguna circunstancia no se dio cumplimiento a la obligación constitucional y legal de acatar los protocolos de cadena de custodia frente a las evidencias físicas, el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, **en atención al principio de libertad probatoria, permite que la autenticidad se acredite por cualquier medio de conocimiento.***

Entonces, el protocolo de cadena de custodia se hace ideal cuando se trata de evidencias físicas que fácilmente pueden confundirse o alterarse, como es el caso de las sustancias estupefacientes, frente a aquellas que pueden identificarse a simple vista por sus características externas, o que son susceptibles de ser marcadas y por ello se hacen identificables.

No obstante, el procedimiento de autenticación puede ser suplido a través de los testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004” (negritas de la Sala)



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

En el asunto que hoy se examina, está plenamente acreditado que al momento de la captura se encontraron a los procesados 15 y 16 bolsas, respectivamente, que contenían una sustancia grumosa, respecto de las cuales se garantizó la cadena de custodia, según el procedimiento que detalló el policial **Jorge Darío Gómez Rivera**, cuyo relato ya fue compendiado ampliamente por la Sala, mismidad de la cual dieron igualmente cuenta los peritos **Iván Galvis Mora** y **Oswaldo Matías Pico De La Hoz**.

Por lo tanto, queda desvirtuado el señalamiento de la defensa de la falta de autenticidad de la sustancia incautada; al contrario, está corroborado que no se ha alterado el principio de mismidad y conforme a ello, está incólume la idoneidad demostrativa del medio de convicción.

Para culminar este punto, es importante precisar, que la defensa no realiza ningún reclamo sustancial que contradiga las aseveraciones de los testigos, quienes dieron fe de la mismidad de la sustancia en todo momento, de allí que, no es que se subsane con el dicho de los testigos de cargo el respeto a la cadena de custodia, lo que sucede es que, el legislador permite, a través de la libertad probatoria, que pueda acreditarse la autenticidad de un elemento por cualquier medio que no se encuentre prohibido por la ley, adicionalmente, con el testigo **Jorge Darío Gómez Rivera** ingresó al cardumen de prueba el registro de cadena de custodia inicial de las dos incautaciones realizadas a los procesados, las cuales se mantuvieron indemnes hasta su arribo final, donde se acreditó que se trataba de sustancias positivas para cocaína y sus derivados.

Finalmente, la defensa trajo a juicio al procesado **Álvaro Javier Palencia Acevedo**. Como lo entiende esta Sala, podrían rescatarse de su relato tres planteamientos: **(i)** indica que no fue capturado en el lugar de los hechos, sino por un teniente de la policía y luego llevado al “comando”, sin que le hubiesen encontrado droga o dinero alguno, por lo cual niega ser expendedor de estupefacientes; **(ii)** refiere que antes era consumidor de droga, pero que actualmente no; y que no conoce al patrullero **Jorge Darío Gómez Rivera**, así como tampoco conoce al señor **Luis Enrique Acevedo Jaraba**, a quien indica que lo aprehendieron en el barrio centro, y luego lo encontró en la estación de Magangué; **(iii)** de manera breve expone que quizás los agentes policiales lo señalan de los hechos, para ganar algunos días de permiso a costa de esta falsa acusación.

Pues bien, frente a estas manifestaciones del procesado, La Sala advierte que ninguna prueba corrobora su dicho, es decir, se tiene claro que fue capturado en inmediaciones del lugar conocido como el tambo, no se puede llegar a una conclusión distinta, puesto que, de ello enteran a la Sala no solo el agente captor, sino también las



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

actas de incautación de las sustancias, cuya firma estampada corresponde a la del aquí procesado, por lo que, esa ajenidad que plantea, se encuentra huérfana de sustento probatorio.

El haber negado que llevaba consigo droga sigue la misma suerte de estas consideraciones, puesto que, si se apela al contenido testimonial aportado por el agente de policía que participó en la captura y las actas que dan cuenta de que dicha sustancia se le halló al procesado y no a otro, este argumento no tiene vocación de prosperar de ninguna manera.

De otra arista, si bien no se le halló dinero al momento de su captura, ello no es indicativo que no tuviese la voluntad de expender el estupefaciente.

Otro aspecto a desestimar, abarca la afirmación según la cual antes era consumidor, sobre ella la Sala considera que era ciertamente necesario que el procesado brindara mayor detalle acerca de la supuesta adicción a la que aludió, en su lugar se limitó a decir que antes consumía, sin precisar la Sala, si se trataba por ejemplo de marihuana, o de otro tipo de sustancia existente en el medio. Añadiendo este Tribunal, que es perfectamente posible que un adicto comercialice sustancias estupefacientes, pues lo que exime de responsabilidad es que no se acredite dicha finalidad, merced a que tal situación no constituye de ninguna manera un fuero que permita ingresar a las esferas ajenas en la búsqueda de la distribución de alcaloides.

En últimas, en cuanto al señalamiento del que dice, se le tilda por parte de los policiales para conseguir algún tipo de permiso interno, ello no es más que un dicho ligero, sin base probatoria, que mal haría la Sala en acoger, pues nada más alejado de la realidad aquí construida a través de la prueba, la cual, como se ha reiterado ya varias veces, dista de lo que pretende categorizar el procesado y su defensor, como un falso positivo.

Decantado esto, corresponde precisar, si probó la fiscalía el elemento subjetivo de tráfico o distribución del estupefaciente. **La respuesta es afirmativa.**

Si bien la Juez de primera instancia invirtió la carga de la prueba, al considerar que era la defensa la que debía probar que sus defendidos eran consumidores de la sustancia incautada, lo cual va en contravía de los postulados sentados por la jurisprudencia y que de amplia manera se detallaron en precedencia, no es menos cierto que, la Sala, encuentra acreditado tal elemento conforme a las pruebas legalmente practicadas en el juicio oral.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Examinada la acusación, la Sala encuentra que la Fiscalía delimitó los hechos jurídicamente relevantes dentro de un contexto que vinculaba a los procesados con la comercialización de bolsas porcionadas de cocaína.

Además, no debe perderse de vista que estos fueron sorprendidos en la vía pública, en medio de la oscuridad de la noche, en inmediaciones del lugar conocido como el tambo; igualmente que a su alrededor habían, a voces del agente captor, entre 4 y 5 personas, que al percatarse de la presencia policial, emprendieron inmediatamente la huida, y que a la sazón al practicársele a **Luis Enrique Acevedo Jaraba** y **Álvaro Javier Palencia Acevedo**, un registro personal les fueron hallados 15 y 16 bolsas plásticas que contenían cocaína debidamente porcionadas, que arrojaron un peso neto de 40 gramos y 39.5 gramos respectivamente.

Ahora, el hecho de que otros ciudadanos que se encontraban junto a los aquí procesados se dieran a la huida no es indicativo de responsabilidad, e incluso que los mismos enjuiciados lo hubiesen hecho, pues, podría darse, por ejemplo el caso, de una persona que se encuentre consumiendo, sin animo alguno de comercialización y escape de la autoridad con la falsa convicción de que podría ser judicializado por ese simple hecho, por lo tanto, la Sala no valorará dicha circunstancia en disfavor de los intereses jurídico penales aquí debatidos.

En lo que sí se ahondará es que, en el escenario de la noche, contiguo a un establecimiento de comercio conocido como el tambo, los procesados no se encontraban solos, sino acompañados por otras personas, y en cuyo poder se situaron 15 y 16 bolsas de cocaína debidamente porcionadas, asertos que constituyen elementos indicadores, a partir de los cuales la Sala puede concluir que no tenían esa droga para su consumo, sino que eventualmente estaba destinada para su distribución.

Entonces, con ocasión a **(i)** la forma de empaque del estupefaciente y a la **(ii)** cantidad que se encontró en poder de los procesados, esta Sala puede concluir que la conducta es típica.

Bajo esa senda la Corte en sentencia SP9916-2017 precisó que *“si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaque o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador”*



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

6.4.2. Antijuridicidad. Compartiendo el criterio del *a quo*, la Sala considera que en este caso la conducta no solo es típica, sino también antijurídica, amén de que se puso en peligro el bien jurídico de la salud pública, pues precisamente de las probanzas que aquí se han ilustrado ampliamente, se desprende que los procesados se encontraban comercializando estupefaciente, en una zona del Municipio de Magangué, lo que, de manera general afecta a la comunidad que allí reside, e incluso propicia que personas, consumidoras busquen abastecerse, situación que justifica la intervención del derecho penal y legitima la imposición de una sanción, más aún si se tiene en cuenta que la conducta de los procesados sobrepasa la esfera personal, y estaba destinada a tener incidencia en derechos ajenos. Por lo tanto, en este caso se la conducta es antijurídica formal y materialmente.

6.4.3. Culpabilidad. En esta categoría, se encuentran tres elementos: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Ciertamente, no obra prueba alguna de la que pueda extraerse que los señores **Luis Enrique Acevedo Jaraba** y **Álvaro Javier Palencia Acevedo**, padecieran algún trastorno mental que les imposibilitara comprender que llevar consigo 15 y 16 bolsas de cocaína para su distribución constituía un injusto penal, y comportarse conforme a derecho absteniéndose de ejecutar tales comportamientos penalmente relevantes, por lo tanto, no podría predicarse que estamos ante personas inimputables, más aún cuando la defensa nunca propuso tal trato a sus defendidos.

Los procesados, como quedó visto, se hallaban en la obligación de actuar conforme a derecho, pero no lo hicieron y en su lugar, decidieron libremente distribuir cocaína en pequeños empaques porcionados.

Para la Sala, al igual que lo encontró acreditado el *a quo*, los enjuiciados conocían la antijuridicidad de su comportamiento, no les era indiferente que distribuir el alucinógeno representaba poner en peligro la salud de los compradores a los que este se destinaría, y es precisamente esa cognición, la que conlleva a satisfacer la categoría de la culpabilidad.

Colofón de lo considerado, valorados los reproches del censor y desestimados por esta Sala, resta entonces, por encontrar que la declaratoria de responsabilidad de los procesados se edifica en sólidos fundamentos probatorios que permiten mantener la condena, confirmar la decisión.



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

En razón y mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

7. RESUELVE

Primero. Confirmar la decisión apelada, contenida en la sentencia condenatoria de fecha 7 de junio del 2022, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Magangué, Bolívar, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Notifíquese a las partes e intervinientes por los canales virtuales autorizados, teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del Acuerdo N° 015 del 04 de mayo de 2020. Advirtiéndose que contra la misma procede el recurso de casación en los términos establecidos en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Tercero. Una vez ejecutoriada la presente decisión, **remítase** la actuación por conducto de la Secretaría Penal al juzgado de origen.

Cuarto. Informar al Centro de Servicios Judiciales de Cartagena-Bolívar lo resuelto en la presente providencia, para que proceda con el registro de lo aquí resuelto en el sistema Justicia XXI.

Comuníquese y cúmplase,



**JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO**



**FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO**



**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA**

**LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO**