

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP3433-2021

Radicación 57266

Aprobado Acta No. 200

Bogotá, D.C, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Decidir la impugnación interpuesta por el defensor de Kevin Danilo Montoya Restrepo, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, condenó al citado procesado a la pena de sesenta y cuatro meses de prisión, multa de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, al hallarlo responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS

El 14 de mayo del año 2018 a eso de las 23:20 horas, en la carrera 54 con calle 58A del barrio Jesús Nazareno de Medellín, agentes de la Policía Nacional capturaron en la vía

pública a Kevin Danilo Montoya Restrepo, mientras llevaba consigo una bolsa plástica cuyo interior había 180 papeletas de una sustancia color blanco similar a la cocaína, la cual fue sometida a prueba preliminar homologada, arrojando la muestra un resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto total de 56.9 gramos.

2. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

En audiencia preliminar llevada a cabo el 15 de mayo de 2018, ante el Juzgado 22 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Medellín, tras legalizarse el procedimiento de captura, la Fiscalía formuló imputación a Kevin Danilo Montoya Restrepo por la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigo. El imputado no se allanó a los cargos. En su contra no se impuso medida de aseguramiento alguna.

El 10 de agosto de 2018, la Fiscal 33 Seccional de Medellín radicó el escrito de acusación, proceso que correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad adelantar la etapa de juzgamiento.

La audiencia preparatoria se materializó el 15 de noviembre de 2018, acto en el cual se pactaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del acusado, la calidad, mismidad y cantidad de sustancia de cocaína incautada, la ausencia de registro de antecedentes penales, la calidad de estudiante del SENA y la inscripción del SISBEN del procesado Montoya Restrepo.

El 8 de febrero de 2019 se inició el juicio oral, audiencia en la que se recaudaron los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional, Yefferson Camilo Sánchez Ortega y Derling Garrido Garrido. Acto seguido, las partes y Ministerio Público presentaron sus alegaciones finales y una vez clausurado el debate, el Juez de Conocimiento anunció el

sentido de fallo absolutorio, al exponer que la Fiscalía no logró acreditar que las 180 papeletas de alcaloide tenían como destino la distribución o comercialización.

En sentencia del 8 de mayo de 2019, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín absolvió a Kevin Danilo Montoya Restrepo, providencia contra la cual, los delegados de la Fiscalía General de la Nación y Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, al considerar que de las pruebas recaudadas podía extraerse que la finalidad y destino de la sustancia ilícita era su distribución o venta.

En providencia del 26 de noviembre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín revocó el fallo absolutorio impugnado, para, en su lugar, condenar a Kevin Danilo Montoya Restrepo, en calidad de autor del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes –artículo 376 del Código Penal- imponiendo en su contra las penas principales de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Para el cumplimiento de la sanción impuesta, se ordenó la captura del citado, la cual se materializó el 4 de diciembre de 2019.

Por tratarse de primera condena, la defensa interpuso recurso de apelación, el que fue concedido ante esta Colegiatura, luego de que se sustentara dentro del término legal y se surtiese el respectivo traslado a los no recurrentes.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

De manera preliminar, el Tribunal Superior de Medellín resumió que el juez de primera instancia absolvió por duda razonable al enjuiciado Kevin Danilo Montoya Restrepo, bajo el entendido que la Fiscalía no logró acreditar que la sustancia estupefaciente tenía una finalidad diferente al consumo del procesado.

Seguidamente adujo que los delegados del Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación, como apelantes, reclamaron que debía emitirse sentencia condenatoria, en razón a que la cocaína incautada era para la distribución y no para el consumo del enjuiciado, conclusión que podía extraerse de la forma en que estaba empacada (180 bolsas) y la cantidad hallada (56.9 gramos), muy superior a la permitida por el legislador, así como de los testimonios de los patrulleros de la Policía Nacional Jefferson Camilo Sánchez Ortega y Derling Garrido Garrido.

Así, al desatar la anterior controversia, la Corporación de segunda instancia determinó que de acuerdo con la línea jurisprudencial demarcada por la Corte Suprema de Justicia respecto del delito investigado y las pruebas recaudadas en la actuación, resultaba necesario revocar la sentencia de primera instancia.

En síntesis, concluyó que no ofrecía duda que la Fiscalía logró probar la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. En primer lugar, el enjuiciado fue sorprendido en situación de flagrancia desarrollando uno de los verbos rectores descritos en la norma: llevar consigo; igualmente, se acreditó que el objeto material encontrado era sustancia estupefaciente, concretamente, cocaína, cuyo peso neto fue de 56.9 gramos.

Ahora, en lo atinente a la responsabilidad penal del acusado, el a quem estimó necesario elucidar cuál era la finalidad del porte del estupefaciente para establecer sus efectos jurídicos, toda vez que existen situaciones que involucran conceptos como la dosis de aprovisionamiento y pequeños excesos en la dosis legal o personal, los cuales no son objeto de reproche jurídico penal.

Encontró que de las declaraciones de los agentes de la Policía Nacional Jefferson Camilo Sánchez Ortega y Derling Garrido Garrido, se extraen los elementos indicadores de que la finalidad era el tráfico y distribución de los estupefacientes. Por ejemplo, en virtud de sus labores de vigilancia constataron que el lugar donde se realizó la captura es reconocido

como una “plaza móvil” o plaza de vicio en la que los expendedores de sustancias ilegales se mueven constantemente por el sector y que es usualmente concurrida por los habitantes de calle. En dicha plaza actúan los denominados “carritos”, que son ciudadanos que se prestan para llevar, recoger y transportar las drogas de un lugar a otro, a cambio de dinero o con el pago de pequeñas dosis para el propio consumo.

Como lo expusieron los mismos funcionarios policiales, quienes constantemente patrullan el sector, es normal que se realicen capturas de los mismos habitantes de calle que compran o venden. La particularidad de estas retenciones es que dichos compradores normalmente llevan entre 1 y 5 papeletas, al igual del trabajo en dicho sector de la ciudad, tienen conocimiento que el precio de cada una de estas dosis es de \$1.000.00 e incluso distinguen a los ciudadanos que van con frecuencia a comprar, entre los cuales no se encuentra el señor Kevin Danilo Montoya Restrepo.

En efecto, en el caso del enjuiciado, los testigos afirman que su presencia en el sector les causó sospecha, pues no estaba saliendo de la plaza, sino que iba ingresando en dirección al área donde se movilizan los distribuidores, además iba solo, a eso de las 11:20 pm de un día sábado, sumado a ello, era una persona que no habían visto con anterioridad por el sector, ni comprando, ni vendiendo, concluyendo que era un proceder de los denominados “carritos”, por lo que decidieron efectuarle una requisa de rutina.

Anotó que, si bien la defensa probó la condición de consumidor del señor Montoya Restrepo, dejó claro que dicha situación no excluye por sí otras finalidades distintas al propio consumo, pues una persona consumidora y aquellos que están inmersos en el negocio del narcotráfico, incluso los carritos o habitantes de calle, pueden incurrir en la figura delictual que se examina.

Igualmente, tuvo en cuenta que se trataba de un estudiante del SENA que reside en el barrio Bicentenario en compañía de sus padres, soltero y afiliado al Sisbén, hechos que

indican que no tenía la capacidad económica para adquirir el monto del alijo incautado, dada la alta cantidad de dosis encontrada en su poder. Así mismo, si bien plantea que se trataba de una cantidad para su aprovisionamiento, tampoco no demostró cómo obtuvo los recursos para su adquisición.

Entonces, al concluirse que el justiciable fue sorprendido ingresando en altas horas de la noche a una reconocida zona de expendio con una cantidad excesiva de estupefacientes distribuida en dosis para la venta sin justificación razonable alguna, constituyen elementos de juicio válidos y suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia y extraer que no se está ante una auto puesta en peligro sino ante un evento propio de tráfico, suministro o distribución o comercialización de alucinógenos.

Por lo anterior, determinó que existe convencimiento más allá de toda duda razonable para predicar que Kevin Danilo Montoya Restrepo es responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y, por lo tanto, accedió a la solicitud del Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación de dictar condena por la conducta punible descrita en el inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1453 de 2011.

4. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

El defensor solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria y, consecuentemente, se absuelva a su prohijado.

Principalmente, cuestionó que se transgredió el principio de congruencia, en la medida que la sentencia condenatoria incluyó hechos que no fueron objeto de acusación.

Particularmente, allí se aseveró que a los policiales y testigos, «la presencia [del enjuiciado] en el sector les causó sospecha, pues no estaba saliendo de la plaza, sino que iba ingresando al área donde se movilizan los distribuidores.»

Considera que no puede tenerse en cuenta el anterior acontecimiento, dado que el mismo no fue materia de los hechos objeto de acusación. Al contrario, la única circunstancia relevante endilgada consistió en que se le encontró en su poder la sustancia ilícita en peso de 59.6 gramos contenidos en 180 papeletas, situación que por sí sola no acredita la tipicidad de la conducta, pues es deber de la Fiscalía General de la Nación acreditar que la sustancia ilícita tenía como fin la venta y/o distribución, carga que no cumplió en el presente juicio.

Si bien se encontró en poder del acusado una cantidad muy superior a la dosis personal, lo cierto es que no se trata de una suma exagerada y, además, fue hallada en papeletas tal como la compran los consumidores, por lo que queda en entredicho que su finalidad era la distribución. Igualmente, no resulta relevante que la captura hubiere ocurrido a altas horas de noche, pues como lo explicaron los mismos testigos, dicha plaza de vicio funciona las 24 horas del día.

Así mismo, no considera procedente que se debata o cuestione sobre la capacidad económica del procesado para comprar la sustancia ilícita, pues ello no fue objeto de debate en el respectivo juicio, máxime que el Ente Acusador tampoco desvirtuó que Kevin Danilo Montoya Restrepo no tuviere la capacidad para comprar el alijo incautado.

Por todo lo anterior, concluyó que debía dictarse sentencia absolutoria, en tanto que no quedó acreditado que la finalidad del porte de la sustancia era la venta o distribución.

4. NO RECURRENTES

El Delegado del Ministerio Público solicitó se confirme la sentencia impugnada.

En síntesis, relató que en el sub examine no hay desbordamiento del principio de

congruencia, dado que el representante de la Fiscalía General de la Nación fue claro en señalar que la finalidad del porte del estupefaciente era la distribución o venta.

Ahora, si bien estos testigos refieren que les pareció sospechoso la presencia del enjuiciado en ese lugar y a esa hora, lo cierto es que se trata de una valoración de los policiales, no de un hecho que pudiera o debiera incluirse en el escrito de acusación.

Para el representante de la sociedad, el que se hubiere referido que se trataba de una «zona reconocida como expendio» y que «la presencia del acusado les causó sospecha» a los servidores que efectuaron su captura, son aseveraciones que no tienen la categoría de hechos jurídicamente relevantes, como equivocadamente lo extrae la defensa y, por ende, no era necesario que se incluyeran en la acusación. Sin embargo, sí son importantes o relevantes para considerarlos como circunstancias indicadoras de que la finalidad de la sustancia incautada era la venta y distribución.

En conclusión, estima el Procurador Judicial II que la sentencia condenatoria debe mantenerse, ya que no se vulneró el principio de congruencia que alega la defensa y teniendo en cuenta el contexto en que se cometió el delito, donde quedó demostrado que el procesado fue sorprendido ingresando a una plaza de vicio con 180 envolturas con peso neto de 59.6 gramos de cocaína, ello es indicador que tenía por finalidad la distribución y comercialización de la sustancia en dicha área de la ciudad.

4. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el defensor de Kevin Danilo Montoya Restrepo, contra la sentencia condenatoria dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 29 de noviembre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto

Legislativo 01 de la anotada anualidad y el criterio mayoritario plasmado en la decisión CSJ AP1263-2019 del 3 de abril de 2019.

2. Como fundamentos de la impugnación, plantea el defensor que el Tribunal Superior de Medellín vulneró el principio de congruencia al emitir la sentencia condenatoria incluyendo aspectos fácticos que no fueron objeto de acusación. Así mismo, estima que debe absolverse a Kevin Danilo Montoya Restrepo en la medida que la Fiscalía General de la Nación no logró acreditar que la cocaína¹ incautada tenía la finalidad de distribución o comercialización.

3. Previo a abordar los anteriores problemas jurídicos, la Sala recordará los parámetros jurisprudenciales decantados en relación con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para luego examinar si en el sub examine se transgredió el principio de congruencia y en caso negativo, elucidar si se encuentran acreditados los elementos necesarios para predicar la responsabilidad penal del enjuiciado Kevin Danilo Montoya Restrepo.

4. El referido delito se encuentra descrito en el artículo 376 del Código Penal que señala:

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 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.

De acuerdo con ello, el legislador consagró de manera alternativa las posibles modalidades de comportamiento que podría desarrollar el sujeto agente, las cuales son: (i) introduzca, (ii) saque, (iii) transporte, (iv) lleve consigo, (v) almacene, (vi) conserve, (vii) elabore, (viii) venda, (ix) ofrezca, (x) adquiera, (xi) financie y (xii) suministre; lo cual implica que con la sola selección de uno de ellos se podría predicar ejecutado o consumado el comportamiento jurídico penalmente desaprobado.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala 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)

Así mismo, desde la sentencia SP2940-2016, rad. 41760, y en aplicación de los parámetros interpretativos fijados por 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.

A partir de la anterior perspectiva, se ha dicho 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 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, mar. 15, 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».

En la misma línea, la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, indicó que:

[...] 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 o telos de la norma.»

Bajo esta perspectiva, la Sala de Casación Penal ha reiterado⁵ 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 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 de orden probatorio:

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

5. Caso concreto

Luego de precisar el concepto de la tipicidad en la conducta de tráfico fabricación y porte de estupefacientes, la Sala abordará el análisis de los cargos propuestos en la presente impugnación.

5.1 En primer lugar, refiere el defensor que en la sentencia condenatoria transgrede el principio de congruencia, por cuanto se incorporaron hechos no contenidos en la acusación.

Como pacíficamente lo ha expuesto esta Corporación, el citado principio se refiere a la identidad fáctica, jurídica y personal que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que de quebrarse dicha relación se configura un quebrantamiento a la garantía del debido proceso.

De manera que, es deber del juez respetar los términos narrativos de la conducta investigada tal y como fueron planteados en la acusación, pues constituyen [...] una barrera infranqueable para el Juez en su decisión, motivo por el cual le está vedada la posibilidad al fallador de condenar por hechos y circunstancias que no consten en la resolución de acusación, so pena de afectar la estructura básica del debido proceso y la efectividad del derecho de defensa. (SP17954-2017)

Específicamente, esta Corporación ha sostenido que se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016 y reiteradas en la SP107-2018. Esto es, cuando:

[...] (i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma»8. (SP2143-2018)

Ahora, con la pretensión de alcanzar un máximo de claridad, pero a la vez de guardar coherencia en el caso concreto en cabal aplicación del principio tratado, la Sala estima necesario detallar los fundamentos de la acusación, literalmente expuestos en los siguientes términos:

A partir de la anterior transliteración, no cabe duda que la Fiscalía delimitó los hechos jurídicamente relevantes dentro de un contexto que vinculaba al procesado con la comercialización de las papeletas de cocaína incautada, aspecto subjetivo que es penalmente reprochable en tratándose del delito consagrado en el artículo 376 del Código Penal.

En el sub examine, el recurrente funda su reclamo de incongruencia en que la acusación no dijo de manera literal que para los agentes de Policía que efectuaron la captura, la actitud de Kevin Danilo Montoya era sospechosa, así como que tampoco se especificaron las circunstancias modales concretas o el modo en que caminaba por el sector al momento de efectuarse la captura, de allí que, según el recurrente, se traten de circunstancias que no pueden tenerse en cuenta para deducir la responsabilidad penal.

Pues bien, de entrada, puede advertirse que no le cabe razón al impugnante, pues su queja surge de la confusión de lo que implica hechos jurídicamente relevantes que se fijan en la acusación, con los medios de convicción que se recaudan en la actuación penal para emitir decisión de fondo en el litigio jurídico penal.

Sobre la naturaleza y alcance de estas dos instituciones, la jurisprudencia de la Corte ha decantado las siguientes distinciones (CSJ, SP3168-2017, sentencia del 8 de marzo de 2017, rad. 44599):

1. El concepto de hecho jurídicamente relevante

“Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

“La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal”.

(...)

“Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad”.

(...)

“Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo”.

2. La diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, “hechos indicadores” y medios de

prueba

“Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros”.

“Lo anterior no implica que los datos o “hechos indicadores” carezcan de importancia. Lo que se quiere resaltar es la responsabilidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de precisar cuáles son los hechos que pueden subsumirse en el respectivo modelo normativo, lo que implica definir las circunstancias de tiempo y lugar, la conducta (acción u omisión) que se le endilga al procesado; los elementos estructurales del tipo penal, etcétera”.

“Tampoco debe entenderse que las evidencias y, en general, la información que sirve de respaldo a la hipótesis de la Fiscalía sean irrelevantes. Lo que resulta inadmisibile es que se confundan los hechos jurídicamente relevantes con la información que sirve de sustento a la respectiva hipótesis. Esta diferenciación, que es obvia, se observa con claridad en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004...”.

Es decir, los hechos jurídicamente relevantes se concretan al comportamiento que se acomoda a la hipótesis normativa constitutiva del delito endilgado, de manera que resulten claros, suficientes y necesarios para garantizar el derecho de defensa en su modalidad de contradicción.

Por otro lado, los hechos indicadores conciernen a los aspectos que se relacionan directa o indirectamente con los hechos jurídicamente relevantes, esto es circunstancias específicas y detalladas que muestran las pruebas recaudadas para deducir o descartar la responsabilidad penal en el caso en concreto.

En el presente asunto, la defensa conocía que la pretensión punitiva estatal se fundamentaba en que Montoya Restrepo fue sorprendido en un momento y lugar específico (la carrera 54 con calle 58A) de la ciudad de Medellín con 56.9 gramos de cocaína presentada en 180 papeletas de dosis personales y que por las circunstancias que rodearon dicha captura, para el Ente Acusador, el porte o tenencia tenía por finalidad la distribución y comercialización.

En concreto, la forma y dirección en que caminaba el investigado, y circunstancias, tales como, que se encontraba solo, las dinámicas propias del comercio ilegal en la denominada plaza de vicio “Los Blancos” o “La Manga”, el modus operandi de los denominados “carritos”, constituyen elementos indicadores a partir de los cuales puede estructurarse las inferencias y juicios de valor necesarios para analizar su responsabilidad penal en el presente asunto.

Así, al presente debate probatorio comparecieron los señores Jefferson Camilo Sánchez Ortega y Derlyn Garrido Garrido, agentes de Policía que efectuaron la captura y, por ende, relataron lo que conocían en relación con la comisión del delito endilgado.

El primero de los declarantes, luego de corroborar los aspectos fácticos expuestos en el escrito de acusación, al atender las preguntas de la Delegada de la Fiscalía sobre las características especiales y detalladas de los hechos objeto de investigación, detalló lo siguiente:

Fiscal: ¿Qué hizo usted con el ciudadano y la sustancia incautada?

JCSO: nos dirigimos hacía el bunker de la Fiscalía URI, procedemos a dejarlo a disposición del ente competente, la Fiscalía, de igual manera la sustancia.

Fiscal: Nos puede decir que funciona allí en la calle 54 con carrera 58A que usted refiere, qué hay conocido ahí, para que nos dé más detalles del sector.

JCSO: en esa dirección hay una mal llamada o le llaman plaza de vicio, el cual esa plaza de vicio es movible, esa funciona por toda la carrera 54, entre la carrera 54 y la carrera 55, entre la calle 58A y la calle 58 A.

Fiscal: ¿Sabe usted si esa plaza de vicio tiene algún nombre o es reconocida por la ciudadanía?

JCSO: Es reconocida por los habitantes en situación de calle como la plaza de vicio "los Blancos" o "La Manga".

Fiscal: ¿Por qué dice usted que por los habitantes de calle?

JCSO: porque en ese sector hay mucho habitante en situación de calle, el cual, en el transcurso del tiempo que llevo laborando en este cuadrante, ya llevo realizando diferentes registros de ahí mismo, de esa misma dirección he realizado diferentes capturas a diferentes ciudadanos, entonces ellos mismos son los que manifiestan que así le llaman a ese lugar. [...]

Fiscal: ¿Cuándo usted hace esas capturas qué sustancia incauta?

JCSO: Solo se incauta ahí bazuco, del mismo envuelto en papeletas blancas, bazuco.

Fiscal: ¿usted sabe qué tipo de droga venden en esa plaza que usted llama Los Blancos?

JCSO: Bazuco,

Fiscal: ¿Sabe a cómo venden ese bazuco?

JCSO: A mil pesos.

Fiscal: ¿Sabe quiénes venden ese bazuco?

JCSO: Los mismos habitantes en situación de calle.

Fiscal: ¿Ellos lo venden?

JCSO: Si señora.

Fiscal: ¿Y ellos lo compran, según usted?

JCSO: Y ellos lo compran

Fiscal: ¿Qué horario tiene esa plaza de vicio?

JCSO: Eso es por parte 24 horas, igual manera como es movable, en diferentes horas lo podemos encontrar en diferentes sitios de la misma dirección que acabé de indicar [...]

Fiscal: ¿Usted tiene conocimiento de cuánta y qué calidad de droga compran quienes acuden a esa plaza de vicio?

JCSO: Bazuco, ahí compran entre una y máximo cinco papeletas los mismos consumidores del sector

Fiscal: ¿Porque sabe usted eso?

JCSO: Porque he realizado capturas y cada vez que se realizan registros a esas personas se les incautan a estos ciudadanos entre una y cinco.⁹

Seguidamente, el Ministerio Público elevó preguntas complementarias en las cuales el testigo ratificó que el ciudadano Kevin Danilo Montoya Restrepo fue sorprendido ingresando a la llamada plaza de vicio.

Igualmente, el siguiente testigo, Derlyn Garrido Garrido, dio cuenta de los hechos investigados en los siguientes términos:

«DGG: A eso de las 23:20 realizando labores de patrullaje registro y control en la carrera 54 con calle 58A, al practicar un registro al joven Kevin Danilo Montoya Restrepo le encontramos 180 papeletas de bazuco color blanco, al cual se le leyó (sic) los derechos del capturado y se le procedió a transportar a la Fiscalía.

Fiscal: ¿Después de que usted le leyera los derechos del capturado, este joven le hizo alguna manifestación?

DGG: sí.

Fiscal: ¿Qué manifestación hizo?

DGG: El muchacho manifestó que le habían pagado por traer eso, pero ya era la segunda o tercera vez que había llegado al sitio.

Fiscal: ¿Usted lo había visto antes de esta fecha del 14 de mayo de 2018?

DGG: No.

Fiscal: ¿Posteriormente a eso, usted lo volvió a ver?

DGG: Tampoco.

Fiscal: ¿Sabe usted si en el lugar donde se hizo esta captura o se produjo esta captura existe consumo o venta de sustancias estupefacientes?

DGG: sí.

Fiscal: ¿Sí, qué?

DGG: Sí, a lo largo de los dos años que llevo en el cuadrante, hay una plaza que los habitantes en situación de calle le dicen los blancos o la Manguita, es una plaza móvil, se

mueve entre la carrera 54 con calle 58 A, la calle 58 y entre carrera 55, en ese cuadro. Pues generalmente llega mucha gente, mal llamado como le decimos nosotros “los carritos” que pueden llegar por la carrera 54 o la carrera 55 a esa plaza.

DGG: Los carritos les decimos nosotros a los que transportan la droga.

Fiscal: ¿Sabe usted si el ciudadano capturado era un carrito?

DGG: No.

Fiscal: ¿por qué sabe usted que ahí funciona una plaza de vicio?

DGG: Sé porque en los dos años que llevo se han realizado diversas capturas, por parte de este funcionario, entre la carrera 54 con calle 58A, entre la carrera 54 con calle 58 y entre la carrera 55 entre calles 58 y 58A.

Fiscal: ¿Qué tipo de sustancias venden en esa plaza?

DGG: Bazuco, papel color blanco.

Fiscal: ¿Es similar al que usted incautó ese día?

DGG: Sí

Fiscal: ¿Sabe usted a cómo venden ese bazuco que usted llama?

DGG: A mil pesos

Fiscal: ¿Sabe usted quiénes venden ese bazuco?

DGG: Si

Fiscal: ¿quiénes?

DGG: Diversos habitantes en situación de calle.

Fiscal: ¿Y quiénes compran ese bazuco?

DGG: Los mismos habitantes en situación de calle

Fiscal: ¿A cómo compran o cómo venden ese bazuco?

DGG: El bazuco lo venden a mil y los habitantes compran a mil pesos

Fiscal: ¿El lugar donde fue capturado el ciudadano aquí presente era donde está la plaza de vicio?

DGG: Sí.

Fiscal: ¿Con quién iba este joven capturado?

DGG: En ese momento él iba solo.

Fiscal: ¿Dígale por favor a la judicatura si Kevin Danilo iba o salía de la plaza de vicio?

DGG: Iba hacía la plaza

Fiscal: ¿Por qué sabe usted eso?

DGG: Porque al llegar lo notamos que entró, iba a la plaza, y ahí lo requisamos.

Fiscal: ¿Usted en qué momento lo ve a él?

DGG: A él lo vemos ingresar a la plaza

Fiscal: ¿Ustedes iban en qué?

DGG: íbamos en la motocicleta de la Policía.

Fiscal: ¿Qué le generó sospecha de él o qué le genera a usted la razón para requisarlo?

Testigo: Una persona sola, ingresando a una plaza de vicio, 11:20 de la noche, sin nadie por los lados, eso genera sospecha.

Testigo: Eso es 24 horas.¹⁰

Precisamente, los aspectos antes señalados versan respecto de detalles que revelaron los funcionarios de la Policía Nacional, quienes fueron llamados a declarar para que expusieran todo lo que conocieran sobre el procedimiento de captura y el sorprendimiento del investigado al momento de cometer la conducta punible.

De manera que, mal podría extraerse que la defensa fue indebidamente sorprendida por transgresión del principio de congruencia, pues conocía que la investigación giraba en torno a que la tenencia del alucinógeno tenía la finalidad de su comercialización, perspectiva desde la cual, el impugnante se opuso a la hipótesis factual del Ente Acusador bajo el entendido que el procesado portaba la sustancia con el único propósito de satisfacer su propio consumo.

Entonces, al estar enmarcada la litis del proceso adversarial en los términos antes citados, mal podría hablarse de un indebido sorprendimiento a la defensa en detrimento de la garantía del principio de congruencia consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, máxime cuando con el escrito de acusación también fue descubierto el informe de captura, elemento que, si bien no fue exhibido en juicio, pudo el defensor utilizarlo para que en desarrollo del contrainterrogatorio cuestionar las versiones de los testigos en caso de evidenciar imprecisiones o equivocaciones en sus relatos.

Situación inadmisibles es que se exija a la Delegada de la Fiscalía General de la Nación que anticipe los detalles que revelarán los testigos, pues ello no solo desnaturalizaría la acusación, sino que el escenario propio de la revelación no es otro que la declaración el juicio, momento en el cual, los testigos ofrecerán datos particulares que bien podrían favorecer o perjudicar los intereses procesales de los extremos litigiosos.

Pues bien, contrastados así los hechos deducidos en el escrito de acusación, en la audiencia de su formulación, en el alegato de cierre de la fiscalía y en la sentencia, no cabe duda de que entre ellos existe cabal congruencia, pues en esencia mantienen su identidad, sin que en alguna de aquellas fases se dedujeran o agregaran hechos o circunstancias diferentes o sobrevinientes que sorprendieran a la defensa, pues en últimas, los aspectos en los que el recurrente soporta su reclamo de violación al principio de incongruencia no son más que hechos indicadores de la conclusión a la que arribó el Tribunal Superior de Medellín.

Conforme a lo anterior, el cargo referido a la transgresión del principio de congruencia es desestimado.

5.2 Como se ha visto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín concluyó que las pruebas recaudadas permitían afirmar, sin lugar a equívocos, que el ciudadano Kevin Danilo Montoya Restrepo sí portaba los estupefacientes incautados con la finalidad de su comercialización.

Dicha conclusión, que comparte esta Sala, se respalda en todos los aspectos que rodearon la comisión del delito, empezando con la forma en que se encontraba empacado el estupefaciente y la cantidad de dosis personales que tenía en su poder el procesado, pues como lo referenciaron los policías que conocen el sector y que habitualmente realizan capturas en dicho lugar, lo usual de quien compra para su propio consumo es adquirir alrededor de cinco dosis, y no 180, tal como fue el caso del señor Montoya Restrepo.

Igualmente, queda desvirtuada la posible hipótesis de que el ciudadano Montoya Restrepo

se dirigiera a dicha plaza con la finalidad de comprar para sí mismo la sustancia -lo que resultaría objetivamente atípico- pues fue sorprendido ingresando al lugar cuando ya tenía consigo el alcaloide. Lo natural es que entre a la plaza sin la sustancia, donde la puede adquirir y abandone el lugar con la respectiva compra, no lo contrario.

Así mismo, como lo han descrito los uniformados del sector, el lugar corresponde a un expendio de “bazuco”, dentro de un mercado conformado por habitantes en situación de calle que opera las 24 horas del día y es provisto o surtido por medio de los llamados “carritos”, quienes ingresan la sustancia al lugar, tal y como lo señalara el testigo Derlyn Garrido Garrido.

De manera que, en el sub examine, del análisis en conjunto de la suma de los hechos indicadores, esto es, el ingreso del procesado a altas horas de la noche (23:20 pm), con la sustancia ilícita a una plaza de consumo habitual y permanente de estupefacientes, presentada en 180 papeletas de dosificación, bajo un discernimiento razonable llevan a la Corte a inferir que el alcaloide encontrado en poder del acusado tenía por propósito su distribución en dicho lugar, tal y como lo sostiene la Fiscalía.

Así las cosas, independientemente de la condición de adicto del procesado, como hecho que fue objeto de estipulación probatoria o de la capacidad económica para comprar el alcaloide, lo cierto es que la acción de Kevin Danilo Montoya Restrepo se encuadra en el proceder de los denominados “carritos”, esto es, personas que transportan e ingresan las sustancias ilícitas al mercado ilegal de habitantes de calle en la denominada olla “Los Blancos” o “La Manga” del centro de Medellín.

Ahora bien, no sería objetivamente esperable que se exija a los agentes captores que simplemente esperaran a que Montoya Restrepo entrara completamente a la zona de expendio para observar su entrega o negociación subsiguiente, en razón a que no se trataba de una operación vigilada o con labores de inteligencia previa, pues la aprehensión

se dio en el marco de sus funciones de Policía de vigilancia, hecho que por sí solo no deslegitima su proceder.

Precisamente, un análisis del contexto investigado no riñe con el derrotero sentado jurisprudencialmente, según el cual, le corresponde al acusador probar la estructura de la conducta punible en aras de acreditar cuál era el ánimo del porte de los estupefacientes, en el cual:

«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, empackado o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador». (SP9916-2017)

Así las cosas, el análisis que conllevó a la conclusión de responsabilidad penal de Kevin Danilo Montoya Restrepo, en la sentencia impugnada, no resulta inconsulto o contrario a los hechos comprobados a través de la actividad probatoria practicada en juicio que demuestran que los 56,9 gramos de cocaína en 180 papeletas de dosificación no tenían como destino el propio consumo del procesado, como lo sostiene la defensa, sino el abastecimiento de una plaza de vicio, evento que precisamente es objeto de reproche jurídico penal del delito examinado.

Con fundamento en todo lo expuesto, surge acreditado, más allá de toda duda razonable la responsabilidad del procesado, en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes previsto en el artículo 375 del Código Penal. En consecuencia, dado su acierto se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida el 4 de diciembre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal de Medellín, mediante la cual condenó a Kevin Danilo Montoya Restrepo como autor del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

SEGUNDO. Contra esa decisión no procede recurso alguno.

TERCERO. DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Así, lo dictaminó el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación en informe de laboratorio del 26 de septiembre de 2018, elemento que fue objeto estipulación probatoria. Ver folio 50 cuaderno principal.

2 Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.

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

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

5 CSJ SP497-2018, SP732-2018, SP025-2019, SP5400-2019 y SP345-2020.

6 SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760.

7 SP106-2020, ene. 29, rad. 56574.

8 CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253.

9 Minuto 13:30 al 16:56 de la sesión de audiencia del 8 de febrero de 2019.

10 Minuto 36:55 al 41:14 de la sesión de audiencia del 8 de febrero de 2019.